



UB Braunschweig

84



10175-096-1

Die größeren
Justizorganisationsgesetze
für das
Herzogthum Braunschweig
aus
den Jahren 1849 und 1850.

Die größeren
Justizorganisationsgesetze

für das

Herzogthum Braunschweig

aus

den Jahren 1849 und 1850

nebst

einem kurzen, den Motiven, Berichten und Verhandlungen über dieselben entnommenen

Commentare.

Zweiter Band,

den Commentar enthaltend.

Zusammengestellt

von

R. Degener,

Doctor der Rechte und Advocat in Pflaumburg am Oker

Braunschweig,
Druck und Verlag von Friedrich Vieweg und Sohn.

1850.

V o r r e d e .

Der vorliegende Commentar wird ohne Zweifel viele Erwartungen nicht befriedigen und vielleicht in den meisten Beziehungen als höchst dürftig erscheinen. Es ist indeß nicht bloß die Kürze der Zeit zu berücksichtigen, innerhalb welcher das gegenwärtige Werk hat vollendet werden müssen, sondern der Herausgeber konnte auch, was bereits in der Vorrede zum ersten Bande angedeutet ist, sich nicht berufen fühlen, über das in den Motiven, Berichten und Verhandlungen über die in Frage stehenden Gesetze gegebene Material hinauszugehen.

Auf der einen Seite würde unstreitig ein hohes Maas von Selbstvertrauen dazu gehört haben, wenn der Herausgeber es hätte unternehmen wollen, einen praktischen Leitfaden zu Gesetzen zu geben, welche ein durchaus neues Verfahren einführen und in ihren Einzelheiten erst nach einer geraumen Zeit richtig beurtheilt werden können. Hätte sich indeß der Her-

ausgeber auch zu einer Ueberschätzung seiner Kräfte hinreißen lassen wollen, so würde er doch auf der anderen Seite die Thatsache nicht aus den Augen haben setzen dürfen, daß eine vorzeitige Arbeit, wie sie ein schon jetzt veröffentlichter ausführlicher Commentar jedenfalls enthalten haben würde, leicht eine Menge irriger und unpraktischer Auffassungen hätte in das Publikum bringen können, welche hier und dort immer von nachtheiligem Einflusse gewesen sein würden.

Daß der Commentar im Uebrigen, ganz abgesehen hiervon, seine großen Mängel haben wird, will der Herausgeber gern anerkennen; er hofft indeß um so mehr auf eine nachsichtige Beurtheilung seiner Arbeit, da er derselben seine Zeit nicht ausschließlich hat widmen können.

Blankenburg, im Mai 1850.

D.

Inhalt

des

zweiten Bandes.

	Seite
I. Gesetz über die Gerichtsverfassung	1
II. Gesetz, die Einführung der Gerichtsverfassung betreffend	34
III. Strafproceßordnung	37
IV. Gesetz über die gerichtliche Polizei	104
V. Civilproceßordnung	113
VI. Advocatenordnung	187
VII. Notariatsordnung	202
VIII. Gesetz über die juristischen Staatsprüfungen	218

I. G e s e z
über
die Gerichtsverfassung.

§. 1.

1. Das Obergericht.

Die Verschmelzung der beiden obersten Gerichtshöfe des Herzogthums, wie solche das Gesetz in §. 1. durchgeführt hat, hing vorzugsweise von der Frage ab, ob man die dritte Instanz in Civilprocesssachen beibehalten wollte, oder nicht. Rechtsgründe stehen der Aufhebung der dritten Instanz so wenig nach den Bestimmungen des Art. XII. der deutschen Bundesacte, noch auch nach den Bestimmungen der Oberappellationsgerichtsordnung vom 16. Sept. 1835 entgegen. Denn was zunächst den Art. XII. der Bundesacte anlangt, so muß man auch die Cassationshöfe im weiteren Sinne des Wortes als Gerichte dritter Instanz ansehen, und in diesem Sinne hat man denn auch mit Recht schon früher in denjenigen Ländern, welche das französische Proceßverfahren angenommen haben, den mehrerwähnten Art. XII. verstanden. Was dagegen der §. 3. der Oberappellationsgerichtsordnung anlangt, so schreibt dieser nur vor, daß das Oberappellationsgericht als oberste und letzte Instanz in Civilsachen entscheiden solle, ohne die Zahl der notwendigen Vorinstanzen festzustellen; abgesehen hiervon

würde es aber auch nicht zweifelhaft sein können, daß den gesetzgebenden Gewalten des Herzogthums die Befugniß zusehen würde, die Oberappellationsgerichtsordnung vom Jahre 1835 in Bezug auf das Herzogthum zu beschränken oder zu erweitern.

Größerem Zweifel scheint die Zweckmäßigkeit einer Beschränkung der Instanzen im Civilproceß zu unterliegen, indem nach den bisherigen Erfahrungen die Entscheidungen der beiden früheren Instanzen hin und wieder in dritter Instanz vollständig abgeändert sind und demgemäß die Annahme nahe liegt, daß das Abschneiden der dritten Instanz leicht zu materiellen Rechtsverletzungen führen werde. Besonders bedenklich stellt sich namentlich die Sache dar, wenn man sich den, allerdings nicht selten vorkommenden Fall vergegenwärtigt, daß in der zweiten Instanz eine der früheren, völlig entgegengesetzte Entscheidung abgegeben, z. B. daß dem Kläger in erster Instanz ein mit der Eigenthums-klage in Anspruchs genommenes Grundstück zuerkannt, in zweiter Instanz aber gerwogen abgesprochen wird.

Trotz dieser Bedenken hat man sich aber für die Aufhebung der dritten Instanz überhaupt aus mehreren Gründen entscheiden müssen.

Geht man von der Voraussetzung aus, daß die Parteien die Gelegenheit gehabt haben, persönlich oder durch rechtsverständige Beistände die für sie sprechenden Thatfachen und Rechtsgründe geltend zu machen, so läßt sich zunächst nicht beweisen, daß der Regel nach durch eine zweimalige Prüfung die Sache von allen Seiten beleuchtet und genügend erschöpft wird. Eine zweckmäßige Proceßordnung wird dafür zu sorgen haben, daß diese Voraussetzung zutrifft, und das künftige mündliche Verfahren bietet für die Möglichkeit, die Gerichte zu einer richtigen Anschauung des wahren Sachverhaltes hinzuführen, eine weit bedeutendere Gewähr, als das jetzige Verfahren. Ist aber jene Voraussetzung richtig und hat bei den Entscheidungen der

Gerichte das Material vollständig vorgelegen, so läßt sich in der That kein genügender Grund hervorheben, weshalb man die Richtigkeit der Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes in Zweifel ziehen müßte. Man wird dies leicht für die Fälle zugeben, wo gleichförmige Entscheidungen vorliegen; es würde daher noch besonders zu erwägen sein, ob man nicht wenigstens für die Fälle, in denen einander widersprechende Entscheidungen vorliegen, die dritte Instanz wird beibehalten müssen. Auch hierfür wird man sich indeß nicht entscheiden dürfen. Allerdings kann man zugeben, daß die Parteien, wenn die dritte Instanz sich für eine der früheren beiden Entscheidungen ausspricht, leichter die Ueberzeugung von der Richtigkeit der letzten Entscheidung gewinnen werden. Allein, wollte man hier ein besonderes Gewicht auf die Ueberzeugung der Parteien legen, so würde man wieder in Verlegenheit gerathen, wenn die Entscheidung der dritten Instanz keiner der früheren beiträte, sondern sich eben als eine selbstständige dritte hinstellte, und consequenter Weise würde man, noch einen Schritt weiter gehend, den Grundsatz aussprechen müssen, daß erst, wenn zwei übereinstimmende Entscheidungen vorlägen, der Instanzenzug geschlossen sein solle. Mit diesem Grundsatz würde man aber in der That einen Apfel der Zwietracht unter die Parteien werfen, dessen Beseitigung unstreitig zu den Vorzügen unserer bisherigen Proceßgesetzgebung gehört hat. Und gerade die im Herzogthume seit dem Jahre 1814 gemachten Erfahrungen sprechen gegen eine solche Einrichtung, indem nach den Verordnungen vom 15. Jan. und 3. Febr. 1814 ein Rechtsmittel gegen Erkenntnisse des durch dieselben angeordneten Gerichts dritter Instanz unzulässig war, durch eine Verordnung vom 14. März 1816 aber für die Fälle, in denen in dritter Instanz zwei gleichförmige Erkenntnisse abgeändert waren, noch das Rechtsmittel der Supplication (Revision) gestattet wurde, und dieses Rechtsmittel, eben weil sich

dasselbe nicht als zweckmäßig bewährt hatte, durch den Schlusssatz des §. 24. des Gesetzes vom 15. Oct. 1832 wieder abgeschafft worden ist. So erfreulich es überhaupt auch ist, wenn die Parteien die Ueberzeugung von der Richtigkeit des Endergebnisses ihres Processes gewinnen, so problematisch wird es doch immer bleiben, ob man durch eine Mehrheit von Entscheidungen dazu gelangen wird, weil eben auf der einen Seite die Ueberzeugung an sich subjectiv ist, während auf der andern Seite Leidenschaften, welche durch jeden Proceß mehr oder weniger erregt zu werden pflegen, ganz unberechenbar darauf einwirken. Abgesehen hiervon würde es aber inconsequent sein, die Zahl der regelmäßig zu gestattenden Instanzen durch den Inhalt der Erkenntnisse bestimmen zu lassen. Wenn ein Kläger, der mit einem Anspruche in zwei Instanzen abgewiesen ist, nicht versichert sein muß, seine Angelegenheit sei umfassend geprüft, so läßt sich nicht absehen, weshalb er nicht eben sowohl eine nochmalige Prüfung sollte verlangen können, als der Beklagte in dem Falle, wenn er in erster Instanz losgesprochen, in zweiter aber verurtheilt ist. Entscheidend kann hier nur der Umstand sein, daß die Möglichkeit einer erschöpfenden Prüfung vorliegt und dazu reichen zwei Instanzen, in Berücksichtigung der jetzt eintretenden Veränderung im Proceßverfahren ohne Zweifel aus, zumal wenn man erwägt, daß die Parteien, sofern einmal, namentlich in zweiter Instanz, ganz grobe Verstöße in einem einzelnen Falle vorkommen sollten, sich durch Anträge auf Cassation zu schützen vermögen.

Zu allen diesen Gründen kommt nun noch der Umstand, daß das Princip der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit dem wiederholten Gebrauche der Appellationen schwere, nur mit einem unverhältnißmäßigen Aufwande von Zeit und Kosten zu beseitigende Hindernisse entgegenstellt, und daß man, wenn man in der That den bisherigen schriftlichen Proceß aufgeben will, auch den Grundsatz des französischen

Rechts, daß es, abgesehen von den Cassationsverfahren, nur zwei Instanzen geben solle, anerkennen muß *).

Muß man sich aber gegen die Beibehaltung der dritten Instanz erklären, so muß man auch nicht bloß die Möglichkeit einer Verschmelzung der beiden obersten Gerichtshöfe des Landes, sondern auch die Zweckmäßigkeit dieser Verschmelzung zugestehen.

Wenn nämlich ungeachtet des Wegfallens der dritten Instanz in Civilsachen und eines eigentlichen Rechtsmittels in Strafsachen das Oberappellationsgericht in seiner jetzigen Sonderung von dem Oberlandesgerichte beibehalten werden sollte, so würden für dasselbe aus dem Herzogthume nur folgende Geschäftszweige übrig bleiben, nämlich:

- 1) Entscheidungen über Cassationsanträge in Civil- und Strafsachen;
- 2) Compromiß- und Anklagesachen wegen Verletzung des Landesgrundgesetzes (D.-M.-G.-D. §. 7. §. 9.);
- 3) Syndicatsklagen gegen das Oberlandesgericht oder dessen Mitglieder;
- 4) Disciplinarsachen in Beziehung auf sämtliche Gerichte, und
- 5) Prüfung der für das Oberappellationsgericht zu designirenden neuen Mitglieder.

Es wird keiner Ausführung bedürfen, daß die unter 2 bis 5 aufgezählten Geschäftszweige eine regelmäßige Beschäftigung nicht gewähren, und es würden daher in dieser Beziehung nur die Cassationssachen in Anschlag zu bringen sein. Auch die Cassationsanträge werden jedoch immer nur als Ausnahmefälle betrachtet werden müssen, und in den Proceßordnungen sind sie nicht nur als solche aufgestellt, sondern man hat auch, um dem Mißbrauche der Cassationsanträge vorzubeugen, auf beschränkende Maßre-

*) Sieb. die Reform des deutschen Rechtslebens, S. 84 ff.

geln Bedacht genommen *). Wenn daher auch alle Cassationsgesuche ohne Unterscheidung der Gerichte, von welchen die Nichtigkeit begangen sein soll, an den Cassationshof gelangen müssen, so scheint es doch nicht angemessen, fast ausschließlich für derartige Sachen einen eigenen Gerichtshof einzurichten, zumal dieser jedenfalls nur sehr schwach besetzt werden könnte und eben deshalb dem beabsichtigten Zwecke nicht besonders entsprechen würde.

2. Die Kreisgerichte.

In Bezug auf die Collegialgerichte erster Instanz entstand die Frage, ob die gegenwärtige Zahl derselben nicht vermindert werden könnte. Die jetzige Einteilung des Herzogthums in sechs Gerichtskreise, welche auf den Verordnungen vom 26. März 1823 und vom 9. Juni 1825 beruht und welche durch das Gesetz vom 15. Oct. 1832 nur in Bezug auf die Aemter Harzburg und Thedinghausen modificirt ist, erscheint indeß durch die örtlichen Verhältnisse geboten, und wenn auch durch die Combination von je zwei Kreisgerichten, etwa von Blankenburg mit Wolfenbüttel, von Helmstedt mit Braunschweig und von Holzminden mit Gandersheim eine Ersparung insofern bewirkt werden könnte, als eines Theils weniger Directoren, anderen Theils aber ein geringeres Unterpersonal erforderlich sein würde, so ist doch auf der anderen Seite nicht zu verkennen, daß aus einer solchen Combination auch beträchtliche Mehrausgaben, theils vorübergehende, theils bleibende hervorgehen würden, indem einmal einzelne an dem Sitze der Kreisgerichte nöthige Einrichtungen, z. B. Gefängnisse, beträchtlich würden ausgedehnt werden müssen, während bedeutende Mehrausgaben an Reisekosten, Zeugengebühren und dgl. um so unvermeidlicher sein würden, da nach dem

künftigen Verfahren das persönliche Auftreten vor Gericht bei weitem häufiger unerlässlich sein wird, als jetzt.

Abgesehen inzwischen davon, daß nach dem eben Gesagten auf erhebliche Ersparungen im Falle einer Combination verschiedener Kreisgerichte nicht zu rechnen sein würde, so wird man bei der Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage vorzugsweise die billigen Wünsche und das Interesse des rechtsuchenden Publicums im Auge behalten müssen. Den Gerichtseingesessenen würde durch jede Zusammenlegung zweier Kreisgerichte, so wie die territoriale Lage des Herzogthums nun einmal beschaffen ist, ohne Zweifel die größten Belästigungen auferlegt werden; sie würden mit Recht darüber klagen können, daß ihnen die Rechtspflege unverhältnißmäßig erschwert und ohne Noth vertheuert werde, und eben so würden sie nicht ohne Grund alle Ersparungen, welche für die Staatscasse erzielt werden möchten, bedauern, weil sie dieselben als auf ihre Unkosten gemacht ansehen dürften.

Neben der eben erörterten Frage wurde noch in Erwägung gezogen, ob es nicht thunlich sein möchte, den unverhältnißmäßig kleinen Kreis Blankenburg angemessen zu vergrößern. Auch dieser Plan zeigt sich indeß nach Lage der Verhältnisse wenig ausführbar, indem das Amt Harzburg das einzige sein würde, an welches der Localität nach in dieser Rücksicht gedacht werden könnte. Das Amt Harzburg hat früher zu dem Kreise Blankenburg gehört; indeß schon im Jahre 1832 fand man die Verbindung desselben mit dem Kreise Wolfenbüttel entsprechender und nachdem durch die Eisenbahn der Verkehr zwischen Harzburg und Wolfenbüttel so ungemein erleichtert ist, würde es für die Eingesessenen jenes Amtes einen sehr gerechten Beschwerdeggrund enthalten, wenn sie lediglich zum Zwecke der Erweiterung des Kreises Blankenburg diesem beigelegt werden sollten.

*) Civ.-P.-D. §. 130. §. 347. Straf.-D. §§. 158. 160. 166.

3. Die Amtsgerichte.

Ähnlich, wie bei den Kreisgerichten, war hier die Frage zu erwägen, ob es angemessen sei, die Bezirke der künftigen Amtsgerichte mit denen der jetzigen Ämter zusammenfallen zu lassen.

Nach der bisherigen Einrichtung, welche im Wesentlichen ihre Grundlage in der Bekanntmachung vom 22. Januar 1814 findet *), hat das Herzogthum statt der in dieser Bekanntmachung bezeichneten 21 Kreisgerichte, 27 Amtsbezirke. Unter diesen sind drei, Thedinghausen, Ottenstein und Calvörde, von so geringem Umfange, daß die gerichtlichen Geschäfte allein das dafür anzustellende Personal in der Regel nicht genügend beschäftigen werden. Gerade diese Amtsbezirke gestalten indeß ohne große Beschwerden für die Amtseingekessenen eine Verbindung mit anderen Bezirken nach ihrer Lage nicht. Bei dem Amte Thedinghausen ergibt sich dies aus der bedeutenden Entfernung desselben von allen übrigen Landestheilen von selbst, und bei dem Amte Calvörde, welches ebenfalls ganz isolirt liegt, hat sich die früher versuchte Verbindung mit dem Amte Vorsfelde nicht bewährt. Bei dem Amte Ottenstein dagegen ist nicht außer Acht zu lassen, daß die Bezirke der Ämter Holzminde und Eschershausen, mit denen möglicher Weise eine Combination stattfinden könnte, schon an sich so umfangreich sind, daß ihre Vergrößerung wahrscheinlich eine Vermehrung des bei denselben zu verwendenden Beamtenpersonals zur Folge haben, die durch eine Combination eintretende Ersparung also nur sehr unbedeutend, und gegen die für die Amtseingekessenen erwachsenden Belästigungen gar nicht in Anschlag zu bringen sein würde.

*) Bgl. jedoch Verordn. vom 9. Juni 1825 und vom 26. Juli 1827.

Außer den eben genannten Ämtern sind bisher die Ämter Harzburg, Helmstedt, Königslutter, Vorsfelde, Grene, Hasselsfelde und Walfenried nur mit einem Beamten besetzt gewesen. Allein der Umfang dieser Ämter ist an sich ein ziemlich angemessener und auch eine Verbindung derselben mit andern benachbarten Ämtern würde zu den mannigfachen Belästigungen der Amtseingekessenen Veranlassung geben, ohne zu merklichen Ersparungen zu führen, so daß man auch in dieser Beziehung von jeder, sonst allerdings möglichen Combination absehen muß.

4. Die Stadtgerichte.

Nach der bisherigen Einrichtung bestanden in der Stadt Braunschweig drei Stadtgerichtsbezirke, von denen der erste den Wenden- und Petrihors-District, der zweite den Hohen- und Wilhelmithors-District, der dritte den August- und Steinthors-District umfaßte. In Verwaltungsangelegenheiten hatten die Stadtgerichte inzwischen nicht, wie die übrigen Ämter, mitzuwirken, und in Folge dessen fand man bald eine Erweiterung der Competenz derselben zum Besten des früheren Districtsgerichtes und des nachmaligen Kreisgerichtes Braunschweig zweckmäßig. Zuerst wurden ihnen vi commissionis die Civilsachen bis zum Werthe von 100 Rthlr. übertragen, späterhin aber durch ein Rescript vom 21. Sept. 1827 zu ihrer Competenz alle in puncto stupri et alimentorum anzustellenden Klagen verweisen, und diese Bestimmungen durch das Gesetz vom 15. Oct. 1832, §. 3 gesetzlich festgestellt. Endlich wurde durch den §. 2 des Gesetzes vom 14. Juli 1843 die Competenz der Stadtgerichte in Strafsachen ebenfalls erweitert.

In allen diesen, den Stadtgerichten ausnahmsweise überwiesenen Sachen hatten nun nicht die Einzelrichter zu entscheiden, sondern diese traten zu einem Collegium verbunden an die Stelle des Kreisgerichtes Braunschweig.

Wie sich aber weiter unten näher ergeben wird*), so sprachen überwiegende Gründe dafür, die erwähnte exceptionelle Competenz der Stadtgerichte Braunschweig beizubehalten, und es mußte schon deshalb am einfachsten erscheinen, statt der bisherigen drei Stadtgerichte ein Einziges für die Stadt Braunschweig einzurichten. Abgesehen von der Vereinfachung des Geschäftsganges, welche hierdurch in den Fällen ermöglicht wird, wo die Mitglieder des Stadtgerichts, wie bisher, zu einem Collegium zusammentreten müssen, so wird in Folge dessen ferner nicht nur eine Verminderung des Unterpersonales bei diesem Gerichte stattfinden, sondern es hat auch die gegenwärtig vorliegende Abweichung, wonach das Hypothekenwesen der Stadt Braunschweig dem Kreisgericht übertragen ist, beseitigt werden können, indem bei der Besetzung des Stadtgerichts darauf Rücksicht genommen werden kann, daß sich dasselbe auch zur Versorgung des Hypothekenwesens im Stande befindet.

Vor Allem empfiehlt sich aber die Verbindung der bisherigen drei Stadtgerichte dadurch, daß sie der Bequemlichkeit der Parteien, welche sich in Rechtsangelegenheiten an diese zu wenden haben, offenbar mehr entspricht, als die gegenwärtige Einrichtung, bei welcher hinsichtlich der Competenz sehr häufig Ungewissheiten und Schwierigkeiten vorgekommen sind. Im Uebrigen braucht es kaum bemerkt zu werden, daß durch die Vereinigung die Aburtheilung der zur amts- und stadtgerichtlichen Competenz überhaupt gehörigen Sachen durch die Einzelrichter nicht ausgeschlossen werden soll, daß vielmehr die Bestimmung des §. 16, nach welcher auch da, wo mehrere Richter bei einem Amtsgerichte erforderlich sind, jeder derselben selbstständig zu handeln hat, auf das künftige Stadtgericht Braunschweig Anwendung leiden und daß es den Mitgliedern desselben

*) Vgl. §§. 18. und 19.

überlassen bleiben muß, die Ordnung festzustellen, in welcher sie die vorkommenden Geschäfte als Einzelrichter zu erledigen haben*).

§. 3.

Besetzung des Obergerichts.

Abgesehen von den oben bereits erörterten Gründen, welche für eine Vereinigung der beiden obersten Gerichtshöfe des Herzogthums sprachen, so ergeben die Bestimmungen dieses §. theilweise die Vortheile, welche mit dieser Vereinigung verbunden sind. Zunächst braucht nämlich keiner der drei Senate des Obergerichts stärker besetzt zu werden, als es für die ihm überwiesenen Geschäfte notwendig ist, indem bei etwaigen Behinderungen ein Senat durch Mitglieder des andern ergänzt werden kann; dann aber kann aus den einzelnen Senaten selbst ein angemessener Cassationshof gebildet werden, und endlich macht es diese Vereinigung möglich, daß das jetzt vorhandene Personal beider Gerichtshöfe zur Besetzung des Obergerichts einschließlich der Stellen des Oberstaatsanwaltes und des Substituten desselben ausreicht.

Nach den Bestimmungen dieses §. soll jeder Senat mindestens mit zwei Richtern außer dem Präsidenten besetzt sein, während der ursprüngliche Entwurf außer dem Präsidenten mindestens drei Richter forderte. Hiersür schien denn auch zunächst der Umstand zu sprechen, daß,

*) Ueber die Bezeichnung der einzelnen Gerichte nur soviel, daß von der Justizcommission für den obersten Gerichtshof der Name: »Appellationsgericht;« — vorge schlagen war, daß man sich indes für die im Gesetze angenommene Bezeichnung entschied, weil man dieselbe mit Rücksicht auf den Geschäftskreis desselben für passender hielt. Die Bezeichnung der bisherigen Aemter als »Amtsgerichte« — hat ihren Grund in der Trennung der Verwaltung von den bisherigen Aemtern.

wenn man bei dem von dem Geseze angenommenen Minimalssatze stehen bleiben wollte, bei jeder Behinderung eines Mitgliedes der Senat nicht mehr beschlußfähig und auch aus einem anderen Senate nicht zu ergänzen gewesen sein würde, ohne diesen wieder beschlußfähig zu machen. Außerdem ließ sich für die ursprünglichen Vorschläge die Zahl der von den einzelnen Senaten abzurtheilenden Sachen in Anschlag bringen, indem die bisher an das Oberlandesgericht gelangten Civilsachen durchschnittlich im Jahre nahe an 700, die Zahl der Strafsachen aber, welche von demselben Gerichte abzurtheilen gewesen sind, durchschnittlich im Jahre nahe an 650 betragen hat. Es ist indeß im allgemeinen nicht ganz unwahrscheinlich, daß bei einer angemessenen Geschäftsvertheilung, auf welche nach den weiter unten folgenden Bestimmungen*) Bedacht genommen ist, eine Besetzung der Senate des Obergerichts mit drei Mitgliedern, abgesehen lediglich von dem Criminalsenate, ausreichen wird, und die im dritten Absatze dieses §. enthaltene Bestimmung erscheint daher um so zweckmäßiger, da sie der Regierung in keiner Weise die Hände bindet, sobald sich das Bedürfniß einer stärkeren Besetzung der einzelnen Senate herausstellen sollte.

Daß im Uebrigen die Vertheilung der Mitglieder des Obergerichts in die einzelnen Senate durch die drei Präsidenten erfolgen und jährlich vorgenommen werden soll, erscheint jedenfalls zweckmäßiger, als wenn die Mitglieder des Obergerichts von vorn herein bei einem bestimmten Senate angestellt würden, indem es dadurch möglich wird, die für die einzelnen Senate tauglichsten Mitglieder gerade in dem betreffenden Senate zu verwenden. Eben so zweckmäßig erscheint aber die Bestimmung, daß die Vertheilung öffentlich bekannt gemacht werden soll, indem hierdurch für viele Fälle den Parteien Gelegenheit gegeben wird,

*) Vgl. §§. 6 bis 8.

etwache Ablehnungen von Richtern zeitig geltend zu machen*).

§§. 6, 7 und 8.

1. Vertheilung der Geschäfte unter die einzelnen Senate des Obergerichts.

Den ersten Senat des Obergerichts hat man vorzugsweise mit Berücksichtigung des Umstandes, daß er künftig das bisherige gemeinschaftliche Oberappellationsgericht den in dieser Beziehung mit dem Herzogthume vereinigten Fürstenthümern gegenüber repräsentiren wird, nur auf Civilsachen aus dem Herzogthume angewiesen; inzwischen bedarf es kaum der Bemerkung, daß das Präsidium des Gerichts bei der Vertheilung der eingehenden Civilsachen eben darauf wird zu sehen haben, daß die beiden anderen Senate dem ersten gegenüber mit dergleichen Sachen in einem, ihrem sonstigen Geschäftskreise entsprechenden Verhältnisse bedacht werden.

Daß das Gesez übrigens auch dem dritten Senate

*) Einzelne Bestimmungen, welche aus dem ursprünglichen Entwurfe nicht in das vorliegende Gesez übergegangen sind, hatten ihren Grund in dem staatsrechtlichen Verhältnisse des Herzogthums zu den Fürstenthümern Waldeck und Varmont, Lippe und Schaumburg-Lippe. Man hat diese Bestimmungen um so eher übergehen können, da jenes staatsrechtliche Verhältniß mit der Organisation des Gerichtswesens des Herzogthums in keinem unmittelbaren Zusammenhange steht und das vorliegende Gesez nichts enthält, was mit den Rechten der erwähnten Fürstenthümer in Bezug auf das bisherige Oberappellationsgericht im Widerspruche stände. Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß die Bestimmungen dieses Gesezes nur unbeschadet jenes staatsrechtlichen Verhältnisses zu verstehen sind, und daß mithin, so lange dieses Verhältniß nicht in gesetzlicher Weise modificirt wird, z. B. der §. 4, nicht auf die auswärtigen Mitglieder des Oberappellationsgerichts anzuwenden ist.

gegen den ursprünglichen Entwurf Civilsachen überwiesen wissen will, beruht in dem, bei den Motiven zu der Criminalproceßordnung*) näher zu erörternden Umstände, daß dieser Senat künftig nicht, wie es ursprünglich beabsichtigt wurde, als Appellationsinstanz in Strassachen thätig sein wird.

2. Der dritte Senat als Criminalsenat.

Nach dem ursprünglichen Entwürfe würden die Schwurgerichte regelmäßig an dem Sitze des Criminalsenates abzuhalten gewesen sein und nur ausnahmsweise in einer anderen Stadt, als Wolsenbüttel, haben zusammentreten können. Man hat sich indes aus überwiegenden Gründen für die in dem vorliegenden Gesetze**) angeordnete Einrichtung entscheiden müssen.

Unverkennbar wird nämlich die Führung der Hauptuntersuchung und die Fällung des Urtheils an dem Sitze der einzelnen Kreisgerichtsorte eine allgemeinere und lebhaftere Theilnahme an der Criminalrechtspflege erwecken, die um so wünschenswerther erscheint, wenn das Institut der Geschwornengerichte seinen Zweck wirklich erfüllen soll. Das Amt der Geschwornen wird ferner durch diese Einrichtung wesentlich erleichtert, indem dieselben nicht aus dem ganzen Lande, sondern nur aus einem beschränkteren Kreise genommen zu werden brauchen, und ebenso ist neben der Erleichterung des Amtes der Geschwornen auch die Thatfache in Betracht zu ziehen, daß bei der Mündlichkeit des Hauptverfahrens die Auskunftspersonen sich am Orte der Gerichtssitzung einkinden müssen, und daß deren Herbeischaffung bei der gegenwärtig angeordneten Einrichtung bei weitem weniger schwierig und kostspielig sein wird, als es nach dem ursprünglichen Plane der Fall gewesen sein würde.

*) Bgl. zu §. 156 ff. das.

**) Bgl. auch Str.-P.-D. §. 120.

Die wesentlichsten Bedenken, welche gegen diese Einrichtung zu sprechen schienen, gingen darauf hinaus, einmal, daß die Kreise, aus welchen die Geschwornen zu wählen waren, verhältnismäßig klein erschienen, und daß, je kleiner ein solcher Kreis ist, die Besorgniß um so näher liegt, daß ungehörige Einflüsse auf die Unparteilichkeit der Geschwornen einwirken werden; dann aber, daß eine, unter allen Umständen wünschenswerthe Gleichförmigkeit der Strafanwendung durch jene Einrichtung vereitelt werden dürfte. Beide Bedenken sind indes durch die Bestimmungen der Criminalproceßordnung*) und des vorliegenden Gesetzes, wonach zum Zwecke der Bildung der Geschwornenliste jedesmal zwei Kreisgerichtsbezirke zusammengelegt sind und der Criminalsenat zu den Sitzungen der Schwurgerichte jedesmal zwei Mitglieder zu deputiren hat, als beseitigt anzusehen.

Ein anderes, ebenfalls nicht gering anzuschlagendes Bedenken lief darauf hinaus, daß jene Einrichtung ein zu großes Personal bei dem Obergerichte nöthig machen würde. Allerdings ist es in dieser Beziehung nicht zu verkennen, daß es wünschenswerth sein würde, wenn der Criminalsenat außer dem Präsidenten noch mit fünf Richtern besetzt werden könnte, indem unter dieser Voraussetzung durch die Schwurgerichtssitzungen der gewöhnliche Geschäftsgang bei diesem Senate nicht unterbrochen zu werden brauchte, zugleich aber die Möglichkeit eines Wechsels der Richter bei dem Abhalten der Schwurgerichte gegeben wäre, die jedenfalls wünschenswerth erscheint, wenn nicht die Reisen zu den Schwurgerichtssitzungen zur großen Belästigung der Mitglieder des Senats ausschlagen sollten. In den beiden übrigen Senaten scheinen nun außer den Präsidenten nur zwei Richter erforderlich zu sein, und es wird sich daher in Betracht der Vereinigung der beiden höchsten Gerichts-

*) §§. 106 und 121.

höfe mit dem zu denselben gehörenden Personale eine, den eben entwickelten Ansichten entsprechende Besetzung des Criminalsenates erreichen lassen, ohne daß man zu einer Vermehrung des jetzigen Personals schreiten müßte.

3. Verbrechen, welche vor die Schwurgerichte gehören.

Die Einführung von Geschwornengerichten für die den Kreisgerichten überwiesenen Sachen ist zwar in nähere Erwägung gezogen; sie hat sich indeß als unausführbar herausgestellt, selbst wenn man sich, was keinesfalls zu billigen sein würde, in diesen Sachen mit 6 Geschwornen hätte begnügen wollen, indem die Zahl der den Kreisgerichten überwiesenen Strafsachen sich durchschnittlich im Jahre auf mehr als 2000 beläuft und dazu, mäßig gerechnet, mindestens 9000 Geschworne gehören würden.

Das vorliegende Gesetz hat sich demgemäß darauf beschränkt, bestimmte Kategorien von Verbrechen den Schwurgerichten zu überweisen und unter diesen nehmen die s. g. schweren Verbrechen den ersten Platz ein. Der Begriff dieser Verbrechen läßt sich nur durch positive Bestimmungen feststellen, und derartige Bestimmungen finden sich auch in den meisten der neuerlich in anderen deutschen Staaten erlassenen gleichartigen Gesetze.

Bei der Feststellung des Begriffs der schweren Verbrechen fragt es sich nun vor Allem, ob die Grenze nach der gerade in dem einzelnen Falle zu erkennenden Strafe oder nach dem höchsten Strafmaße zu ziehen ist, auf welche möglicher Weise erkannt werden könnte. Bekanntlich läßt die überwiegende Mehrzahl unserer Strafbestimmungen für die Feststellung des Strafmaßes dem richterlichen Ermessen einen bedeutenden Spielraum und es ist daher für die Kompetenz der Gerichte von wesentlichem Einflusse, ob man sich für den einen oder den andern Grundsatz entscheidet.

Als durch das Gesetz vom 15. Oct. 1832 (Nr. 33) zuerst in Betreff der Kompetenz ein Unterschied zwischen Verbrechen festgestellt wurde, ward zugleich ausgesprochen, daß die Kompetenz sich allein nach dem gesetzlich oder durch den Gerichtsgebrauch festgestellten Strafmaße richte. Durch den §. X. des Publicationspatents zum Criminalgesetzbuche vom 10. Juli 1840 wurde diese Bestimmung aber dahin erklärt, daß die Kompetenz sich nach dem höchsten, der begangenen Handlung angedrohten Strafmaße richten solle, mithin die Grenze in abstracto gezogen. Nach dem §. 12 des ursprünglichen Entwurfs der Strafproceßordnung sollte nun dieser Grundsatz wieder verlassen werden und es werden daher die Gründe zu erläutern sein, welche zu einem Aufgeben dieses Planes geführt haben.

Die Feststellung der Kompetenz nach der in concreto zu erkennenden Strafe hat allerdings das für sich, daß eine größere Gleichheit der in Folge der Aussprüche von Geschwornen zu erkennenden Strafen erreicht und der Uebelstand vermieden wird, daß Geschworne hin und wieder auch in Sachen zugezogen werden, deren Endergebnis nur auf eine geringe Strafe von wenigen Wochen oder Monaten hinausläuft. Auf der andern Seite ist es aber von entschiedener Wichtigkeit, daß auch die Kompetenz sich nach festen gesetzlichen Normen regelt, und dies ist, sobald es sich nicht um eine absolute Strafe handelt, nur der Fall, wenn man den im vorliegenden Gesetze ausgesprochenen Grundsatz befolgt. Die Feststellung der Kompetenz nach der in concreto zu erkennenden Strafe setzt ganz unabweislich eine Vorentscheidung über diese voraus. Diese Vorentscheidung beruht aber an sich auf keiner gehörigen Grundlage, indem das Hauptverfahren, welches dem Gerichte doch auch für das Strafmaß erhebliche Momente verführen kann, dabei noch nicht statt gefunden hat. Sie kann und muß aber auch zu Verzögerungen der Untersuchungen Veranlassung geben, da man bei ihrer unbestreitbaren Wichtig-

keit den Betheiligten den Weg der Beschwerden dagegen nicht abschneiden darf. Endlich wird dadurch dem richterlichen Ermessen in Ansehung der Frage, ob ein bestimmter Untersuchungsfall vor Geschworne zu bringen sein dürfte oder nicht, ein sehr bedeutender Spielraum zugestanden, und dadurch leicht die nachtheilige Folge herbeigeführt, daß man entweder einer Vorliebe für das Institut der Schwurgerichte oder einer Abneigung gegen dasselbe einen bedeutenden Einfluß auf die abgegebene Vorentscheidung zuschreibt.

Was die einzelnen Bestimmungen über das Strafmaß anlangt, nach welchen sich die vor die Schwurgerichte gehörigen Straffälle bestimmen werden, so erscheint zunächst die dreijährige Gefängnißstrafe, welche das Gesetz als maßgebend hervorhebt, durchaus angemessen, da nach §. 14 des Criminalgesetzbuches dieses die ordentliche Dauer jener Strafart ausmacht und es auf festen gesetzlichen Bestimmungen beruhen muß, wenn diese Dauer in einem gegebenen Falle überschritten werden soll. Aehnliche Rücksichten ließen es rätlich erscheinen, von der Bestimmung des ursprünglichen Entwurfs, wonach bei den mit Zwangsarbeit bedrohten Verbrechen für die Competenz der Schwurgerichte eine zweijährige Dauer maßgebend sein sollte, abzugehen und in Uebereinstimmung mit dem Systeme des Criminalgesetzbuches den Schwurgerichten alle mit härterer als einjähriger Zwangsarbeit bedrohten Verbrechen zu überweisen, indem auch hiermit ein durchaus fester Anhaltspunkt gewonnen wird. Es entstand hierbei zwar die Frage, ob man nicht zweckmäßiger in dieser Beziehung eine fünfjährige Dauer der Zwangsarbeit festhalten möchte; hiermit würde indeß die Wirksamkeit der Geschwornengerichte auf eine nicht wünschenswerthe Weise beschränkt worden sein, indem danach in einzelnen Kreisen des Landes sehr selten Fälle vorgekommen sein würden, welche von den Geschwornengerichten hätten abgeurtheilt werden können. —

Was die neben den schweren und den politischen Verbrechen den Schwurgerichten vorbehaltenen Vergehen anlangt, so waren die im letzten Abfasse dieses §. aufgeführten in dem ursprünglichen Entwurfe übergangen. Man entschied sich jedoch für die Gleichstellung derselben mit den politischen und schweren Verbrechen, weil man es nicht verkennen mochte, daß, was die Vergehen gegen die Obrigkeit oder obere öffentliche Beamte betrifft, diese nach der gewöhnlichen Meinung durch Geschworne unbefangener beurtheilt werden, als durch Richter, während auf der anderen Seite das Vergehen der Beleidigung der Landesregierung sich unzweifelhaft den Majestätsverbrechen, die Verabredung, Verleitung und Aufforderung zur Widergesetzlichkeit, so wie die bössliche Einstellung der Arbeit aber dem Aufruhr, und endlich der Mißbrauch des Amtes der Kirchendiener zu Schmähungen den Preßvergehen nähern.

§. 9.

Der Cassationshof.

Nach dem ursprünglichen Entwurfe der Strafproceßordnung (§. 133) sollte in Strafsachen das Rechtsmittel der Berufung gegen Erkenntnisse der Kreisgerichte in erster Instanz, das Rechtsmittel der Nichtigkeit aber gegen Erkenntnisse des Criminalsenats des Obergerichts und der Amts- oder Stadtgerichte gegeben werden. Zu einer solchen Verschiedenheit der Rechtsmittel fehlte es indeß, abgesehen von anderen Gründen, welche in den Motiven zu der Criminalproceßordnung erörtert werden sollen *), an einer genügenden Veranlassung; man entschied sich daher bald für den Grundsatz, daß gegen alle Erkenntnisse in Strafsachen ohne Unterschied nur Anträge auf Cassation zu gestatten seien, und eben so mußte man es für ein Gebot der Nothwendigkeit halten, die Entscheidung über alle Cassations-

*) Bgl. zu §. 156 ff.

anträge ohne Rücksicht auf das Gericht, welches in erster Instanz erkennen mochte, einem Cassationshofe, als oberstem Gerichtshof des Landes vorzubehalten, indem nur auf diese Weise eine jedenfalls nothwendige Gleichförmigkeit der Entscheidungen auf Cassationsgesuche erzielt werden kann.

Dieselben Gründe, welche für die Einrichtung eines Cassationshofes für Strafsachen sprachen, galten auch in Bezug auf Civilsachen, und demgemäß ist das System der Cassationen auch in der Civilproceßordnung *) durchgeführt.

Der Umfang des Herzogthums gestattete inzwischen die Einrichtung eines selbstständigen, ausreichend besetzten Cassationshofes nicht, und man mußte sich daher damit begnügen, einen solchen aus dem Obergerichte selbst zu bilden, obgleich es sich nicht verkennen ließ, daß diese Einrichtung, wie jeder Nothbehelf, nicht allen Anforderungen, namentlich in Bezug auf die Besetzung des Gerichtshofes, genügen würde. In den Staaten, welche besondere, selbstständige Cassationshöfe eingerichtet haben, pflegen diese regelmäßig mit wenigstens zwölf Mitgliedern besetzt zu sein, und es ist auch nicht zu bestreiten, daß gerade in der möglichst starken Besetzung des Cassationshofes eine besondere Gewähr für eine unparteiische Rechtspflege gefunden werden darf. Die Besetzung des Obergerichts des Herzogthums und die verschiedenartigen, demselben in Straf- und Civilsachen übertragenen Geschäfte machen es aber nicht möglich, für alle Cassationsfachen ein Collegium von zwölf Mitgliedern zu erlangen, vielmehr wird sich der Regel nach nur eine Anzahl von sieben Mitgliedern erreichen lassen und hierin hat die Bestimmung des vorliegenden §. ihren Grund, wonach der Cassationshof beschlußfähig ist wenn außer dem Präsidenten noch sechs Mitglieder zuge-

gen sind. Aehnliche Bestimmungen enthalten denn auch die Strafproceßordnungen anderer deutscher Staaten *), und mit dem hier vorgeschriebenen Zahlenverhältnisse stehen auch die sonstigen Bestimmungen der Proceßordnungen, wonach in erster Instanz stets nicht weniger und nicht mehr als drei Richter das Urtheil sprechen sollen, im vollen Einklange.

Uebrigens mag hierbei noch bemerkt werden, daß die in diesem §. über die Beschlußfähigkeit des Cassationshofes enthaltene Bestimmung für Civilsachen in der Civilproceßordnung **) noch näher dahin erläutert ist, daß über Cassationsrecurse nicht mehr und nicht weniger als sieben Richter Beschluß fassen sollen, und daß diese Bestimmung auch bei Cassationsrecursen in Strafsachen zu beobachten sein wird.

§. 10.

Nach der Verordnung vom 26. März 1823, die Einrichtung des Justizwesens betreffend (§. 5.), waren früher die bei den vormaligen Kreisämtern angestellten Beamten wirkliche Mitglieder der Districtsgerichte und nur als zum Kreisamte deputirt anzusehen. Durch den §. 32. des Gesetzes vom 15. October 1832 (Nro. 33.) ist diese Bestimmung zwar wieder aufgehoben, sie erscheint jedoch für die neuerdings zu bildenden Amts- und Stadtgerichte in doppelter Hinsicht zweckmäßig.

Zunächst ist es wünschenswerth, die Möglichkeit, einen Amtsrichter in ein Kreisgericht und umgekehrt einen Kreisrichter zu einem Amtsgerichte zu berufen, zu erleichtern, und dieser Zweck wird durch jene Bestimmung, wenigstens so weit es sich um die Grenzen der einzelnen Kreisgerichte handelt, erreicht, weil dann der §. 44. der Grundrechte für

*) §§. 127. 130. 345 ff.

*) Bgl. z. B. Rheinhesf. Entw. §. 229 bei Lippert Anweisung 11. C. 167.

**) §. 331.

das deutsche Volk unzweifelhaft auf eine solche Verfassung nicht anzuwenden steht. Abgesehen hiervon, folgt aus der fraglichen Bestimmung aber von selbst, daß die Amtsrichter auch zu den Geschäften der Kreisgerichte, zu denen sie gehören, zur Aushilfe herangezogen werden können, und diese Einrichtung ist nicht nur für die kleineren Kreisgerichte, wenn keine Störungen in den Gerichtssitzungen eintreten sollen, sondern auch für die größeren von Wichtigkeit, indem dadurch der Vortheil erreicht wird, daß für Geschäfte der Kreisgerichte, welche an dem Orte entfernter gelegener Amtsgerichte vorzunehmen sind, der Amtsrichter zugezogen werden kann und zu dem Ende mithin weniger Mitglieder der Kreisgerichte deputirt zu werden brauchen.

§. 11.

Die Nothwendigkeit, jedes Kreisgericht mindestens mit einem Director und zwei Richtern zu besetzen, ergiebt sich daraus, daß die Kreisgerichte Collegien sein müssen.

Eben so wird sich bei schwach besetzten Kreisgerichten eine Aushilfe für Nothfälle durch dazu geeignete Personen nicht umgehen lassen, weil sonst schon durch Behinderung eines einzigen Mitgliedes zu leicht Störungen in der Abhaltung der Gerichtssitzungen eintreten würden. Allerdings würde zunächst einer der innerhalb des Gerichtskreises angestellten Amtsrichter herangezogen werden können; allein besonders bei plötzlich eingetretenen Behinderungen wird sich dies nicht immer bewerkstelligen lassen, und die Ernennung von Ergänzungsrichtern ist daher, abgesehen von stark besetzten Kreisgerichten, unter allen Umständen wünschenswerth. Zu diesem Ende bedurft es jedoch nicht etwa der Anstellung unbeförderter Assessoren, vielmehr hielt man diese Maßregel für weniger praktisch und entschied sich in Folge dessen für die in diesem §. enthaltenen Bestimmungen.

§. 13.

Bei der Nothwendigkeit des mündlichen Verfahrens vor dem erkennenden Gerichte dient es jedenfalls zur Be-

quemlichkeit der Amtseingefessenen und zur Verminderung der Kosten, wenn das Verfahren in den den Kreisgerichten überwiesenen Untersuchungen auch an dem Orte der entfernter gelegenen Amtsgerichte stattfinden kann. Die Zusammenfassung des Gerichts in diesem Falle ist analog der Bildung des bei den Schwurgerichten mitwirkenden Gerichtshofes.

Daß der Untersuchungsrichter an der Entscheidung der von ihm in der Voruntersuchung bearbeiteten Sachen nicht theilnehmen soll, rechtfertigt sich in jeder Beziehung durch die Rücksicht, daß das rechtspredende Gericht keine Elemente in sich tragen darf, welche möglicher Weise gegen den Angeklagten durch die Voruntersuchung eingenommen sein könnten, und es liegen daher dieser Bestimmung ziemlich dieselben Gründe vor, welche es veranlaßt haben, daß bei den den Schwurgerichten überwiesenen Sachen ein anderer Senat, als der bei der Aburtheilung dieser Verbrechen thätige Criminalsenat, das Erkenntniß auf Verfassung in den Anklagestand abzugeben hat.

Die Schlußbestimmung dieses §. wird durch die Natur der Verhältnisse geboten und findet sich auch in dem französischen und rheinischen Strafproceß.

§. 16.

Die Möglichkeit der Vertretung des Amtsrichters durch den Secretair ist jedenfalls wünschenswerth, wenn nicht bei einer unerwarteten Behinderung des Richters erhebliche Störungen in dem regelmäßigen Geschäftsgange eintreten sollen. Eben so wünschenswerth erscheint es aber, der Regierung die Möglichkeit offen zu lassen, bei kleineren Amtsgerichten von der Anstellung eines Secretairs abzu-
sehen und die Geschäfte desselben einem untergeordneten Offizianten zu übertragen.

Die Qualifikationen, welche der Secretair zum Zwecke der Vertretung des Richters nachgewiesen haben muß, er-

geben sich übrigens aus dem Gesetze über die juristischen Staatsprüfungen *).

§. 18.

Nach den Forst- und Jagdstrafgesetzen können zwar in Forst- und Jagdwegen sachen unter Umständen bedeutende Strafen vorkommen; allein die in diesem §. sanctionirte Erweiterung der Competenz sämmtlicher Amts- und Stadtgerichte erscheint an sich zweckmäßig und um so unbedenklicher, da eines Theils die in jenen Sachen zu erkennenden Strafen genau bezeichnet und absolut festgestellt sind, andern Theils aber in den bei weitem meisten Fällen auf Geldstrafen hinauslaufen.

Was auf der andern Seite die Erweiterung der Competenz des Stadtgerichts Braunschweig in den Fällen einer geringeren Beschädigung an der Person, so wie in den Fällen von Ehrenkränkungen betrifft, so spricht für diese Einrichtung, welche schon nach dem §. 2. des Gesetzes vom 14. Juli 1843 bestanden hat, der Umstand, daß die persönliche Bekanntschaft der Einzelrichter mit den Theilnehmenden in den fraglichen Sachen eine leichtere Beilegung und Erledigung erwarten läßt, und sie unterliegt um so weniger einem Bedenken, als die Einzelrichter hier nicht als solche, sondern collegialisch zu handeln haben.

Eine ähnliche Erweiterung der Competenz war in dem ursprünglichen Entwurfe auch für das ganz isolirt gelegene Amtsgericht Thedinghausen in Vorschlag gebracht, vorzugsweise mit Rücksicht darauf, daß die bisherige Einrichtung, wonach dieses Gericht gewisse, nicht zu seiner Competenz gehörende Strafsachen bis zum Erkenntnisse zu instruiren, dann aber die Acten an das zuständige Kreisgericht zum Spruche einzusenden hatte, nach den Bestimmungen der Strafproceßordnung nicht beibehalten werden konnte. Allein bei dem Wegfallen des Rechtsmittels der Berufung

*) §. 8.

mußte es in hohem Grade bedenklich erscheinen, die Competenz eines Einzelrichters in Strafsachen so bedeutend zu erhöhen, und hierzu lag in Bezug auf das Amtsgericht Thedinghausen um so weniger Veranlassung vor, da die Bestimmungen des §. 13. für die im Bezirke dieses Gerichts vorkommenden Zuchtpolizeifälle ein vollkommen genügendes Auskunftsmittel bieten.

§. 19.

1. Arrestsachen.

In Arrestsachen war nach §. 3. des Gesetzes vom 15. October 1832 (Nro. 33.) bisher den Aemtern nur die Anlegung des Arrestes überlassen, während das weitere Verfahren, falls der Gegenstand zur Competenz des Kreisgerichts gehörte, diesem zustand. Nach dem Entwurfe war es nun zuerst Absicht, von dieser Einrichtung abzugehen und das Arrestverfahren ganz den Amtsgerichten zu überweisen; für die bisherige Einrichtung schienen indeß überwiegende Gründe zu sprechen.

Daß die Anlegung des Arrestes dem Einzelrichter überlassen wird, ist zweckmäßig, weil es dabei häufig gerade auf eine augenblickliche Verfügung ankommt. Ist die Arrestanlage aber verfügt, so kommt es vorzugsweise auf die rechtliche Begründung des Arrestgesuches an, und wenn gleich — was inzwischen auch in andern vor die Kreisgerichte gehörigen Fällen vorkommt — die Arrestsachen an sich eine schleunige Erledigung wünschenswerth erscheinen lassen, so pflegen Streitigkeiten über Arrestanlagen doch keineswegs besonders einfach zu sein, vielmehr oft eigenthümliche Schwierigkeiten darzubieten, und es rechtfertigt sich daher nicht, in diesen Sachen gerade von den gewöhnlichen Competenzbestimmungen abzugehen, zumal nicht selten das Verfahren über die Hauptsache selbst zweckmäßig mit dem Arrestverfahren in Verbindung gebracht wird, und dies nicht angehen würde, wenn die Competenz des Einzelrichters

das ganze Arrestverfahren ausgedehnt wird, indem doch die Competenz für die Hauptsache nicht füglich durch die Anlegung des Arrestes für den Einzelrichter begründet werden könnte *).

2. Executionen.

Unter die in diesem §. erwähnten executorigen Urkunden gehören diejenigen öffentlichen Urkunden, welchen die Contrahenten ausdrücklich executorige Wirkung beigelegt haben, sobald dies in der Urkunde selbst ausgesprochen ist, die Forderung aus einem einseitigen Rechtsgeschäfte entspringt und aus baarem Geld geht **).

Auf den Grund von obergerichtlichen Erkenntnissen, welche mit der executorigen Klausel versehen sind, kann die Execution bei den Amtsgerichten ebenfalls nur unter der Voraussetzung, daß diese Erkenntnisse auf baares Geld gerichtet sind, beantragt werden ***).

Der Grund, daß diese Sachen ausschließlich den Amtsgerichten überwiesen sind, liegt vorzugsweise darin, daß dieselben auf der einen Seite eine schleunige Erledigung fordern, daß sie meistens sehr einfacher Natur sind und daß es an sich angemessen erscheint, die Thätigkeit der Kreisgerichte als wesentlich rechtspredende Behörden mit der Abgabe des Urtheils schließen zu lassen, während auf der andern Seite durch diese Einrichtung eine genügende Controle über die Gerichtsvollzieher möglich gemacht wird.

3. Rechtsstreite *puncto stupri et satisfactionis*.

Die Klagen geschwächter Frauenpersonen auf Mimente und Entschädigung, welche die Praxis unserer Gerichte mit dem in der Ueberschrift angedeuteten technischen,

nicht eben klassischen Ausdrücke zu bezeichnen gepflegt waren durch den §. 3. des Gesetzes vom 15. October 1832 (Pro. 33) der Competenz der Stadtgerichte zu Braunschweig bereits überwiesen. Es kommt bei denselben in den meisten Fällen vornehmlich auf eine angemessene Feststellung des Klaganspruchs, und zu dem Ende auf eine nähere Bekanntschaft mit den Verhältnissen der streitenden Theile an, weshalb sich diese Sachen vorzüglich zur Aburtheilung durch Einzelrichter eignen werden.

4. Exceptionelle Competenz des Stadtgerichts Braunschweig und des Amtsgerichts Thedinghausen.

Die Ausnahme, welche der vorliegende §. in Bezug auf das Stadtgericht Braunschweig macht, schließt sich der gegenwärtigen Einrichtung an, und es ist unbedenklich, diese fortbestehen zu lassen, da das Stadtgericht in den fraglichen Sachen als Collegium zu entscheiden hat, und durch die hier angeordnete Erweiterung der Competenz eine gleichmäßigere Vertheilung der Geschäfte zwischen dem Kreisgerichte und dem Stadtgerichte erreicht wird.

Was das Amtsgericht Thedinghausen betrifft, so hatte dies in Civilsachen bisher ganz die Competenz der Kreisgerichte; nachdem dasselbe indeß durch das Gesetz vom 19. März d. J. zu dem Kreise Braunschweig gelegt ist, wird eine so weit gehende Ausnahmestellung nicht mehr erforderlich sein, vielmehr wird es genügen, die Competenz des Amtsgerichts Thedinghausen der des Stadtgerichts Braunschweig gleich zu stellen.

5. Besitzstreitigkeiten.

Während die Ämter in Besitzstreitigkeiten bisher nach §. 3. des Gesetzes vom 15. October 1832 (Pro. 33.) nur dann zuständig waren, wenn wegen des jüngsten Besitzes geklagt wurde, beabsichtigte der Entwurf, die Competenz der künftigen Amtsgerichte auf

*) Vgl. Civ.-P.-D. §§. 234, 235.

*) Civ.-P.-D. §. 363. Rot.-D. §. 18. a. E.

*) Civ.-P.-D. §§. 361, 362.

fißstand auszudehnen, und hiermit im Zusammenhange stand eine Vorschrift in §. 150. des Civilproceßentwurfs, wonach die Bestimmungen über den jüngsten Besitz aufgehoben werden sollten.

Wenn es nun auch nicht unzweckmäßig erscheinen konnte, alle Klagen über Besitzstörungen (sogenannte *interdicta retinendae possessionis*) den Amtsgerichten zu überweisen, weil es dabei theils mehr auf das Factische der Ausübung des Besitzes, als auf die Berechtigung selbst ankommt, theils weil eine schnelle Regulierung, welche der Natur der Sache nach dem Einzelrichter leichter fällt, dringend gewünscht werden muß, damit nicht zum Schutze des streitigen Besitzes Thätlichkeiten verübt werden; so ließ sich doch nicht in gleichem Maße bei Klagen wegen Erlangung und Wiedererlangung des Besitzes (sogenannte *int. adipisc. et recup. poss.*) eine Abweichung von den allgemeinen Kompetenzvorschriften empfehlen, und man ging demgemäß von dem Vorschlage des Entwurfs um so eher ab, da man nicht verkennen konnte, daß, falls in derartigen Fällen besonders schnelle Maßregeln erforderlich sein sollten, der Einzelrichter durch die Bestimmung über die Zuständigkeit der Amtsgerichte bei provisorischen Verfügungen in den Stand gesetzt ist, die sachgemäße Verfügung zu erlassen.

§. 20.

1. Das Depositenwesen.

Der Entwurf enthielt die Bestimmung, daß die zu der Zuständigkeit der Amtsgerichte gehörenden Depositen gemeinschaftlich von den Amtsgerichten und den Amtsverwaltungsbeamten verwaltet werden sollten; diese Bestimmung setzte indeß, wenn dieselbe auch mit dem in §. 15. ausgesprochenen Grundsätze nicht im Widerspruche stand, eben so viele Landesverwaltungsbeamte, als Amtsgerichte voraus, und da zur Zeit der Verathung des vorliegenden

Gesetzes über die Organisation der Verwaltung noch keine Vorlagen gemacht waren, da es sich mithin nicht übersehen ließ, in wie weit die vorgeschlagene Bestimmung ausführbar sein würde, so zog man es vor, die in diesem §. angeordnete Einrichtung, welche mit der bisherigen *) ziemlich übereinstimmt, zu treffen.

2. Das Hypothekenwesen.

Das Hypothekenwesen für die Stadt Braunschweig war bisher dem Kreisgerichte Braunschweig übertragen, und der Entwurf hatte vorgeschlagen, es auch künftig bei dieser Einrichtung zu lassen. Die Veranlassung zu dieser Einrichtung lag indeß vorzugsweise darin, daß die Stadt Braunschweig bisher in drei Localgerichtsbezirke eingetheilt war, und daß es offenbar unzweckmäßig gewesen sein würde, die Hypothekenbücher demgemäß ebenfalls nach Bezirken zu sondern. Mit der Verschmelzung der drei Stadtrichte, wie solche in §. 1. ausgesprochen ist, fiel hiernach jeder Grund zu einer Ausnahmestellung der Stadt Braunschweig hinweg.

§. 21.

Die Bestimmungen dieses §. sind vorzugsweise durch die Vorschriften des §. 44 der Grundrechte für das deutsche Volk veranlaßt; sie erschienen unumgänglich nothwendig, wenn man nicht die Rechtspflege selbst lähmen wollte, und sind von der Art, daß willkürlichen Verfügungen, welche das Interesse der Rechtspflege nicht erheischt, genügende Schranken gesetzt sind.

§. 23.

Der Entwurf hatte als gerichtliche Disciplinarbehörde den Criminalsenat und den Oberstaatsanwalt vorgeschlagen; indeß schien dieser Vorschlag um deswillen schon nicht pas-

*) Bgl. Circ.-Rescr. vom 9. Juni 1839.

send, weil es nach den übrigen, das Obergericht betreffenden Einrichtungen vorherzusehen war, daß die Mitglieder des Criminalsenats theils häufig wechseln, theils aber noch häufiger vom Siege des Obergerichts abwesend sein würden. Am angemessensten würde die Disciplinargewalt über die Gerichte dem Cassationshofe zu übertragen sein, wenn dieser sonst als selbstständiger Gerichtshof hätte errichtet werden können; da jedoch der Cassationshof selbst aus dem Obergerichte zusammengesetzt werden muß, so stellte sich die in diesem §. angeordnete Einrichtung als die passendste dar, und man fand auch kein Bedenken, dem Oberstaatsanwalt bei der Disciplinarbehörde Sitz und Stimme zu geben, obgleich derselbe nach §. 28. berufen ist, die Disciplinarvergehen der richterlichen Beamten zur Ahndung zu bringen, indem durch diesen Beruf unstreitig keine solche Parteistellung hervorgerufen wird, daß man Bedenken tragen müßte, dem Oberstaatsanwälte eine entscheidende Stimme bei derartigen Fällen zuzugestehen.

§. 24.

Nach dem Entwurfe sollte das Amt der Staatsanwälte bei den einzelnen Kreisgerichten mit dem Amte der Kreisdirectoren verbunden werden; bei dieser Einrichtung selbst war es aber vorzugsweise auf finanzielle Ersparungen abgesehen.

Das Amt der Staatsanwälte ist indeß auf der einen Seite zunächst ein viel zu wichtiges, als daß man nicht hätte Bedenken tragen sollen, dasselbe als Nebenannt einem Administrativbeamten zu übertragen. Abgesehen hiervon, ließ es sich aber nicht verkennen, daß die Kreisdirectoren in Folge ihrer Stellung als Verwaltungsbeamte sehr häufig behindert sein mußten, das Amt der Staatsanwälte zu versehen, und daß demgemäß die Functionen der Staatsanwaltschaft fast regelmäßig und mindestens sehr häufig den Kreissecrétaires würde haben anvertraut werden müssen, was keinesfalls räthlich hätte erscheinen können. Hierzu

kam endlich noch der Umstand, daß der Staatsanwaltschaft, wenn man dieselbe nicht auf eine, keinesfalls wünschenswerthe, einseitige Richtung hinleiten wollte, auch eine gewisse Thätigkeit im Civilverfahren zur Pflicht gemacht werden mußte, und daß in Folge dessen die Kreisdirectoren, bei den ihnen sonst obliegenden Verwaltungsgeschäften, nicht im Stande gewesen sein würden, die ihnen als Staatsanwälten übertragenen Geschäfte genügend zu erledigen. Gegen diese Uebelstände mußten aber die finanziellen Vortheile, welche mit der ursprünglich vorgeschlagenen Einrichtung allerdings verbunden gewesen sein würden, völlig in den Hintergrund treten.

§. 26.

Die Bestimmung, daß Richter mit den Geschäften der Staatsanwälte beauftragt werden können, bezieht sich nur auf die Fälle einer dauernden Verhinderung des Staatsanwaltes oder einer Vacanz (vgl. Abs. 3.); sie schien erforderlich, theils weil finanzielle und andere Gründe eine derartige Beauftragung hin und wieder wünschenswerth machen können, theils, weil man ohne diese Bestimmung leicht würde in Verlegenheit gerathen, da die amtliche Stellung der Richter eine so günstige ist, daß diese mit Grund Bedenken tragen würden, das Amt eines Staatsanwaltes, wenn auch nur interimistisch, zu übernehmen.

Abgesehen von dem eben berührten Falle, wird die Vertretung der Staatsanwälte sonst, wie dies der 3. Absatz des §. 26. vorschreibt, durch den Oberstaatsanwalt angeordnet; es bedurfte indeß für außerordentliche Fälle noch anderweiter Bestimmungen, und in dieser Beziehung hat man sich vorzugsweise die Bestimmungen der Westfälischen Strafproceßordnung *) als Leitfaden dienen lassen.

§. 27.

Ueber die Stellung des Oberstaatsanwaltes zum

*) Vgl. Art. 45.

Staatsministerium, und der Staatsanwälte zum Oberstaatsanwälte, so wie über das Oberaufsichtsrecht des Obergerichts gegenüber dem Oberstaatsanwälte werden die näheren Erörterungen in den Motiven zu der Strafproceßordnung gegeben werden; hier mag für jetzt nur die Bemerkung Platz finden, daß die Stellung der Staatsanwälte als Ankläger im Strafproceß nach den hier enthaltenen Bestimmungen eine bei weitem günstigere ist, als es nach dem französischen Rechte und in den meisten Staaten Deutschlands, welche das Anklageverfahren im Strafproceß eingeführt haben, der Fall ist.

§. 29.

Der Grund der Bestimmungen dieses §. liegt, was das Verbot der Erhebung von Nebengebühren anlangt, in der Möglichkeit des Mißbrauchs des Rechtes zu solchen Erhebungen und in der Unverträglichkeit dieses Rechtes mit der richterlichen Stellung; was dagegen die außerordentlichen Zulagen betrifft, darin, daß in Folge dessen die richterlichen Beamten in der öffentlichen Meinung bei weitem unabhängiger von der Executivgewalt stehen werden, als es ohne das der Fall sein würde.

§. 30.

Nach dem Art. 100. der Verordnung über die Militärstrafen und Proceße *) kann der Verurtheilte bei Todesurtheilen und bei Verurtheilungen zu lebenslänglicher oder zehnjähriger Festungsarbeit eine Revision des Urtheils durch das Landesgericht als ein Recht verlangen. Nach der Vereinigung der beiden höchsten Gerichtshöfe des Landes mußte diese Bestimmung einer Modification unterworfen werden, und es schien angemessen, in dieser Beziehung an die Stelle des (Ober-)Landesgerichts den Cassationshof treten zu lassen.

Ueber die Competenz in Strafsachen entstehen, abge-

sehen hiervon, nicht selten Conflict zwischen den Militair- und Civilgerichten, welche, wie alle übrigen Competenzvertheilungen zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden, nach §. 48. der Grundrechte für das deutsche Volk in den Einzelstaaten durch besondere Gerichtshöfe entschieden werden sollen. Ueber die Einrichtung dieses Gerichtshofes, dessen Functionen am angemessensten dem Cassationshofe des Herzogthums übertragen werden dürften, sind bis jetzt gesetzliche Bestimmungen noch nicht getroffen, und es erschien demgemäß passend, einstweilen zu der im letzten Absätze dieses §. enthaltenen Vorschrift zu greifen.

*) Gef.-G. 1837. S. 271.

fassung ausgeworfenen Normalgehalte mit der dort angeordneten Klasseneintheilung schon am 1. Juli d. J. in Kraft getreten wären.

§. 5.

Die Feststellung der Entschädigungen für die künftig hinwegfallenden Nebengebühren mußte dem Herzoglichen Staatsministerium ausschließlich vorbehalten bleiben, da sonst leicht verwickelte Rechtsstreite über angeblich unzureichende Feststellungen hätten hervorgerufen werden können.

§. 6.

Die Bestimmungen dieses §. sind unbedenklich, da die Vorschriften des §. 44 (Abf. 3) der Grundrechte zu denjenigen gehören, welche nach Art. III. §. 8 des Einführungs-gesetzes zu den Grundrechten erst durch besondere Landesgesetze verwirklicht werden müssen, die Bestimmungen in §. 21 der Gerichtsverfassung aber erst mit dem 1. Juli d. J. in Kraft treten.

§. 7.

Bei der Berathung der Strafproceßordnung war, dem damals vorliegenden Entwürfe einer Landgemeindeordnung entsprechend, angenommen, daß Bezirksausschüsse als obere Communalorgane gebildet werden würden. Statt dieser sind indeß Amtsräthe organisiert und in Folge dessen erscheint die hier hervorgehobene Modification des §. 107 der St.-P.-O. erforderlich.

§. 11.

Die in diesem §. vorgeschriebene Aenderung der Tarordnung für Strafsachen schien zweckmäßig, da sonst leicht der Fall hätte eintreten können, daß in den fraglichen Sachen lediglich der Kosten halber eine Abänderung oder Zurücknahme der ergangenen Entschädigungen durchzusetzen versucht würde.

§. 16.

Die Bestimmung im letzten Absätze dieses §. schien notwendig, weil das neue Verfahren das Rechtsmittel der

II.

G e s e t z,

die

Einführung der Gerichtsverfassung

betreffend.

§. 3.

Um mit der in §. 3 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung vorgeschriebenen jährlichen Vertheilung der Mitglieder des Obergerichts in den ordnungsmäßigen Gang zu kommen, hätte man die erste Vertheilung entweder auf ein halbes Jahr, oder für die in diesem §. vorgezeichnete Periode anordnen können. Das Letzte schien vorzüglich deshalb angemessener, weil nach dem 1. Juli d. J. doch noch eine Anzahl Sachen nach dem alten Verfahren zu erledigen sein wird, und ein zu schneller Wechsel der Mitglieder der einzelnen Senate in dieser Beziehung zu vielen Inconvenienzen führen würde.

§. 4.

Die Bestimmungen dieses §. erschienen notwendig, weil eine Anzahl von Beamten gegenwärtig höhere Gehalte bezieht, als in den neuen Gesetzen für die Zukunft festgesetzt sind und der Justizetat leicht übermäßig belastet werden konnte, wenn die in dem Gesetze über die Gerichtsver-

Supplication (Revision) nicht kennt, und man ohne das den Parteien ein Rechtsmittel entzogen haben würde, worauf dieselben nach dem bisherigen Verfahren ein wohlverworbenes Recht hatten. Daß übrigens diese Bestimmung auch Anwendung leiden muß, wenn vor dem 1. Juli d. J. abändernd in der Supplicationsinstanz von einem Amts- oder Stadtgerichte erkannt wird, ergiebt nicht bloß der erste Absatz dieses §., sondern es würde sich dies auch sonst wohl nicht in Zweifel ziehen lassen, da es bei Erkenntnissen, welche vor dem 1. Juli d. J. erfolgen, eben so wie bei den nach diesem Zeitpunkte erfolgenden, im Schlusse dieses §. erwähnten Entscheidungen, wesentlich darauf ankommt, ob nach dem bisherigen Verfahren der einen oder der andern Partei noch ein Rechtsmittel hätte gestattet werden müssen.

§. 20.

Die hier gegebene Bestimmung erscheint jedenfalls zweckmäßig, eines Theils um das Innehalten der in den Proceßordnungen vorgeschriebenen, häufig sehr kurzen Fristen so viel als möglich zu erleichtern, andern Theils aber auch, um die Nothwendigkeit der Anstellung eines unverhältnißmäßigen Unterpersonals bei den Gerichten zu befeitigen.

§. 21.

Von der Competenz der Kreisgerichte in Vormundschafsfachen, wie solche der §. 12 des Gesetzes vom 15. October 1832 (Nro. 33) näher bestimmt hat, ist in dem Gesetze über die Gerichtsverfassung nicht die Rede; inzwischen war es keineswegs Absicht, die eben angeführten Bestimmungen aufzuheben. Um indeß hierüber jeden Zweifel abzuschneiden, und weil derartige Zweifel in der That schon laut geworden waren, hielt man die vorliegende ausdrückliche Bestimmung für rathlich.

III.

Strafproceßordnung.

Erster Theil.

Die Grundlagen des Gesetzes.

Auf das Gedeihen des öffentlichen und mündlichen Verfahrens in Strassachen ist zunächst

1) die Stellung der verschiedenen öffentlichen Gewaltten, welche in demselben thätig sein müssen, sowohl der Executivgewalt unter einander, als auch namentlich dem Angeklagten gegenüber von dem entschiedensten Einflusse, und vorzugsweise gilt dies

A. von der Stellung der Staatsanwaltschaft.

Der Staatsanwalt, als sichtbarer Vertreter des Strafgesetzes, der in dieser Eigenschaft einen wesentlichen Theil der Thätigkeit zu übernehmen hat, welche nach der bisherigen Inquisitionsmaxime dem Untersuchungsrichter oblag, nämlich die Feststellung und Verfolgung strafbarer Handlungen, die Ueberführung des Schuldigen und die Herbeischaffung des dazu erforderlichen Materials, darf zunächst, wenn er seinen Beruf ganz erfüllen soll, der Executivgewalt gegenüber nicht in eine solche Stellung

gebracht werden, welche ihn zum willenlosen Werkzeuge dieser Gewalt machen könnte.

Als Organ des Strafgesetzes bildet die Staatsanwaltschaft einen integrierenden Bestandtheil der richterlichen Gewalt, welche ihrem Zwecke nach sowohl dieser, als auch der Executivgewalt gegenüber selbstständig und vollkommen unabhängig dastehen muß, dergestalt, daß die Staatsanwaltschaft, so weit es sich um die Ueberwachung der Strafgesetze und zu diesem Behufe um die Ermittlung und Verfolgung der Verbrechen handelt, eben so wenig wie die rechtsprechenden Gerichte in irgend einer Beziehung an Weisungen der Executivgewalt gebunden sein, daß sie vielmehr in allen Stücken eine selbstständige Rechtsansicht haben und wider ihre Ueberzeugung zu keinerlei Strafanträgen gezwungen werden darf. Weicht man von diesen Grundsätzen ab, so wird die Staatsanwaltschaft nicht sowohl eine Gewähr für eine streng unparteiische Handhabung der Gesetze bieten, als vielmehr, namentlich in Zeiten politischer Aufregungen und in Zeiten der Reaction, wie dies die Erfahrungen der neuesten Zeit factsam gelehrt haben, leicht zu einer Institution herabgewürdigt werden können, welche eine bequeme Handhabe für willkürliche Verfolgungen gegen mißliebige Personen bieten, und was eben so verwerflich erscheinen müßte, der Executivgewalt thatsächlich einen Eingriff in die Rechtsverwaltung und eine Einwirkung auf die Strafrechtspflege gestatten würde.

Die vorliegende Strafproceßordnung hat nun eben so wie das Gesetz über die Gerichtsverfassung *) der Executivgewalt gegenüber die Unabhängigkeit und Selbstständigkeit der Staatsanwaltschaft, so weit dieselbe als anklagende Behörde im Strafproceß auftreten soll, vollständig gewahrt **), und hiermit steht es durchaus nicht im Wider-

*) §. 27.

**) Vgl. besonders §. 4.

spruche, wenn nach Maßgabe der Bestimmungen des §. 27 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung die Staatsanwaltschaft, so weit dieselbe als Organ der Regierung bei den Gerichten aufzutreten hat, unbedingt von den Weisungen der Regierung abhängig gemacht wird *).

Der Grundsatz, von welchem hiernach die Strafproceßordnung ausgeht, könnte allerdings insofern nachtheilige Folge haben, als es sich nicht bestreiten läßt, daß danach hin und wieder einzelne Verbrechen, sei es in Folge einer feltamen oder willkürlichen Rechtsansicht der Staatsanwälte und besonders des Oberstaatsanwalts, der Verfolgung möglicher Weise entzogen werden könnten; diese Gefahr wird aber im Wesentlichen durch die Bestimmung (§. 4) beseitigt, daß der Cassationshof in den geeigneten Fällen befugt sein solle, dem Oberstaatsanwalte die Einleitung oder Fortsetzung einer Untersuchung aufzugeben und nöthigenfalls für den Fragefall einen Vertreter des Oberstaatsanwalts zu ernennen; eine Bestimmung, welche nicht sowohl der Unabhängigkeit der öffentlichen Ankläger Abbruch thut, sondern nur den Zweck erreichen macht, den der öffentliche Ankläger verfolgen soll, nämlich den, der Strafgewalt zu ihrem Rechte zu verhelfen. Diese Aufgabe aber kann in der That in keine würdigeren Hände gelegt werden, als in die des höchsten Gerichtshofes des Landes, und diesem gegenüber würde jeder Verdacht, als habe man es bei jener Bestimmung auf die Erlangung eines lenksamen Werkzeuges für die Executivgewalt abgesehen, in sich zerfallen müssen.

Die einzelnen Glieder der Staatsanwaltschaft, insbesondere das Verhältniß der Staatsanwälte zum Ober-

*) Ueber die Stellung der Staatsanwälte als öffentliche Ankläger in andern Ländern, namentlich in Frankreich, wo dieselben ganz von den Weisungen des Justizministers abhängen, vgl. Mittermaier im Staatslex. Bd. 14. S. 697 ff. (1. Ausg.).

Staatsanwälte anlangend, so kommt vorzugsweise der Umstand in Betracht, daß in der Hauptsache für die Erreichung der Zwecke der Staatsanwaltschaft nur der Oberstaatsanwalt verantwortlich ist, und es kann demgemäß die Stellung der Staatsanwälte dem Letzten gegenüber nicht in dem Umfange eine selbstständige sein, wie diese für den Oberstaatsanwalt der Executivgewalt gegenüber functionirt ist. Die Staatsanwälte werden sich daher als untergeordnete Beamte den Anordnungen des Oberstaatsanwaltes im Allgemeinen, jedenfalls aber dann, wenn es sich um die Einstellung einer in Angriff genommenen Untersuchung handelt, unterwerfen müssen, und von diesem Gesichtspunkte aus sind die Bestimmungen des §. 4, so weit sie die Staatsanwälte betreffen, aufzufassen *).

Neben dem Verhältnisse, in welchem die Staatsanwaltschaft der Executivgewalt gegenüber steht, kommt deren Stellung zu den sonstigen Staatsbehörden, namentlich zu dem Untersuchungsrichter und den Polizeibehörden, in Betracht. In der ersten Rücksicht geben die weiter unten folgenden Erörterungen über die Stellung des Untersuchungsrichters Aufklärung; in der letzten Beziehung mögen dagegen folgende Bemerkungen Platz finden.

Die Polizeibehörden können nach den Grundmaximen des künftigen Strafverfahrens unstreitig keine selbstständige Stellung in diesem Verfahren einnehmen, vielmehr lediglich, wofür auch der Art. IX. §. 49 der Grundrechte sich ausdrückt, als untergeordnete Behörden in Betracht kommen, welche den mit der Handhabung der Strafrechtspflege

betrauten Gewalten dienstbar und behülflich sein müssen. Hieraus folgt, daß die Polizei in allen Sachen, welche in den Bereich der Staatsanwaltschaft und des Untersuchungsrichters gehören, den Anordnungen dieser Folge zu leisten hat, daß sie der Regel nach keine Untersuchungshandlungen vornehmen und daß man ihr ausnahmsweise im Interesse der öffentlichen Ordnung nur die Befugniß zur Anordnung nothwendiger Sicherungsmaßregeln zugesiehet darf. In dieser Anschauung hat es seinen Grund, wenn in §. 5 die Polizeibehörden angewiesen werden, den Anordnungen der Staatsanwaltschaft Genüge zu leisten, wenn ferner den Polizeibehörden in §. 27 die Befähigung abgeprochen wird, Zeugen, Sachverständige oder Angeklagte durch einen Befehl vor sich zu laden oder glaubhafte Protocolle über die Vernehmung derartiger Personen aufzunehmen, und wenn endlich den Polizeibehörden, wie dies §. 29 ergibt, nur das Recht der Verhaftung der auf frischer That erappten Verbrecher, so wie das Recht, bei Verfolgung eines Verbrechers auf frischer That Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen anzuordnen, eingeräumt, jedes weitere Fortschreiten in der Sache selbst aber der gerichtlichen Behörde überwiesen wird. Das Eingehen auf diese Grundzüge ist denn auch um so unbedenklicher, da mit der Einräumung der zuletzt erwähnten Befugniß den Polizeibehörden genügende Gelegenheit gegeben ist, die Aufgabe zu erfüllen, welche ihnen in Bezug auf die Ermittlung und Verfolgung der Verbrechen möglicher Weise neben der Staatsanwaltschaft und den Gerichten gestellt werden kann, im Uebrigen aber daraus keinesfalls irgend eine Gefahr für die öffentliche Ordnung erwachsen kann, wenn nach dem Ergreifen der im concreten Falle etwa erforderlichen Sicherungsmaßregeln die eigentlichen Untersuchungshandlungen den Gerichtsbehörden ausschließlich übertragen werden. Eine strenge Begrenzung der Befugnisse der Polizeigewalt im Strafverfahren und ein Unterordnen derselben unter die mit der Strafrechtspflege

*) Die französische Gesetzgebung befolgt in Bezug auf die Stellung der Staatsanwälte ähnliche Maximen, indes macht sich die Sache thatsächlich anders in Folge der willkürlichen Abgeschiedenheit jener Beamten. Vgl. Mittermayer a. a. O. S. 699, u. Deutsches Strafrecht. Bd. I. S. 236.

beauftragten Behörden hat überdies unverkennbar auch das Gute, daß auf der einen Seite möglichen Uebergriffen der Polizeigewalt in die Strafrechtspflege, welche sonst unter dem Vorgeben der Nothwendigkeit polizeilicher Präventivmaßregeln hin und wieder vorkommen könnten, von vorn herein wirksam entgegengetreten wird, und daß die Idee des Rechtsstaates überhaupt in den Vordergrund tritt, während dadurch auf der andern Seite das Ansehen der Gerichte und folgeweise das Vertrauen zu denselben gesteigert werden muß, indem unter den oben angedeuteten Voraussetzungen Jeder demnächst weiß, welche Behörde eigentlich als Obrigkeit Vollmähigkeit über ihn hat.

Dem Angeklagten gegenüber nimmt der Staatsanwalt, wenn die Aufgabe desselben auch in der Weise aufgefaßt wird, wie dies in der vorliegenden Proceßordnung geschehen ist *), unverkennbar eine Parteilstellung ein, welche es nothwendig erscheinen läßt, daß der Erste gegen Bedrückungen des Letzten und gegen mögliche Uebergriffe desselben, welche jenem nachtheilig sein und das ausgebreitetste Vertheidigungsrecht desselben verkümmern könnten, sicher gestellt wird. In dieser durch die Gerechtigkeit gebotenen Rücksichtnahme hat es, abgesehen von der dem Untersuchungsrichter zum Schutze des Angeklagten übertragenen Gewalt, seinen Grund, wenn der vorliegende Entwurf das Beispiel der französischen Gesetzgebung nicht nachgeahmt und der Staatsanwaltschaft die Befugniß abgesprochen hat (§. 27), Verhöre mit dem Angeklagten anzustellen, denselben vorzuladen oder vorführen zu lassen, so wie über die Verhöre von Auskunftspersonen glaubhafte Protocolle aufzunehmen **). Es gilt hier im Allgemeinen dasselbe, was oben

in Bezug auf die Befugnisse der Polizeibehörden gesagt ist, und es genügt im Interesse der Strafgewalt des Staates vollkommen, wenn der Staatsanwaltschaft nur ausnahmsweise die Befugniß eingeräumt wird, Verbrecher, welche auf frischer That ertappt sind, verhaften zu lassen und in Fällen der frischen That Hausdurchsuchungen oder Beschlagnahmen anzuordnen.

B. Die Stellung des Untersuchungsrichters

anlangend, so wird es, obgleich der Idee nach der Untersuchungsrichter mit dem Staatsanwalt nur ein Ziel zu verfolgen hat, doch eben in Folge des Umstandes, daß die Thätigkeit des Letzten der Regel nach mehr oder weniger eine dem Angeklagten feindliche sein wird, vorzugsweise als die Aufgabe des Untersuchungsrichters erscheinen, den Angeklagten vor jeder nicht vollständig begründeten Verkümmern desselben an Freiheit und Eigentum zu sichern und darauf hinzuwirken, daß jede dem Interesse des Angeklagten nachtheilige Einseitigkeit und Unvollständigkeit der Untersuchung vermieden werde *). Gleichwohl muß der Angeklagte auch vor einseitigen und willkürlichen Ansichten des Untersuchungsrichters sicher gestellt werden, zumal diesem in Bezug auf Verhaftungen, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen weiter gehende Befugnisse als den Staatsanwälten eingeräumt werden müssen **), und hierin haben nicht nur die Bestimmungen des §. 7, sondern auch die in §. 37 enthaltenen Vorschriften, wonach zwar in dringenden Fällen dem Untersuchungsrichter die Anordnung von Verhaftungen, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen frei gege-

*) Bgl. §. 3.

**) Die meisten neueren Strafproceßordnungen, z. B. die Rheinheftische, gehen in dieser Beziehung von ziemlich entgegengelegten Maximen aus, eben so der Lenz'sche (der

Frankfurter Vers. vorgelegt gewesene) Entwurf einer St.-P.-O. in Art. 9 — 11.

*) Bgl. §. 3.

**) Bgl. §§. 32, 37.

ben, die Fortdauer derartiger Anordnungen aber überall von einem Beschlusse des zuständigen Kreisgerichts abhängig gemacht ist, ihren Grund.

Wie nun aber auf der einen Seite die consequente Durchführung der reinen Anklagemarine es nicht zuläßt, daß die Staatsanwaltschaft in den Bereich der Thätigkeit der Gerichte und namentlich des Untersuchungsrichters eingreift, eben so dürfen auf der andern Seite auch die Gerichte und der Untersuchungsrichter nicht ermächtigt werden, der Thätigkeit der Staatsanwaltschaft vorzugreifen. Es darf daher der Regel nach, wie dies in §. 1 und §. 2 der Strafproceßordnung ausgesprochen wird, in Untersuchungsfachen nur auf den Antrag eines Anklägers ein Verfahren eingeleitet oder fortgeführt werden, und wenn es sich auch auf der einen Seite im Interesse der öffentlichen Ordnung rechtfertigt, dem Untersuchungsrichter und den Gerichten überhaupt in dringenden Fällen das Einschreiten von Amts wegen zu gestatten *), so würde es auf der andern Seite eben so sehr zu einer Verwirrung des Geschäftsganges und zu einer Herabsetzung der Staatsanwaltschaft führen, wenn man außer den Fällen einer dringenden Veranlassung dem Untersuchungsrichter und den Gerichten in Bezug auf die Verfolgung und Ermittlung von Verbrechen eine umfassendere Competenz einräumen wollte, als dies in der St.-P.-O. geschehen ist.

In diesen allgemeinen Grundsätzen über die Stellung des Untersuchungsrichters war man denn auch sehr bald einverstanden; dagegen machten die Bestimmungen über die besondere Stellung des Untersuchungsrichters, namentlich in den sogenannten Zuchtpolizeifachen und den Kreisgerichten gegenüber, Schwierigkeiten.

Die territoriale Lage des Herzogthums ließ, wie dies bereits zu dem Gesetze über die Gerichtsverfassung näher

erörtert ist, eine Verschmelzung mehrerer Kreisgerichte nicht angemessen erscheinen; demgemäß war es aber vorherzusehen, daß die Besetzung der einzelnen Kreisgerichte so gering ausfallen mußte, daß man aus dem Personale derselben neben dem erkennenden Gerichte keine besondere Rathskammer zu bilden und demgemäß die in Frankreich bestehende Einrichtung nicht herzustellen im Stande war. Wollte man nun in den Zuchtpolizeifachen nicht ganz von einer Controle der Voruntersuchung und einem Erkenntniß auf Verlegung in Anklagestand absehen, so würde, wenn man nicht im Stande war, einen dritten Weg einzuschlagen, nichts übrig geblieben sein, als den erkennenden Richtern auch die Controle über die Voruntersuchung zu übertragen. Da indeß diese Gerichte nach den Bestimmungen der Strafproceßordnung *) in erster und letzter Instanz zu erkennen haben, so mußte man jedenfalls um so mehr darauf sehen, daß das erkennende Gericht durchaus unvoreingenommen blieb und daß es während der Voruntersuchung mit dem Angeklagten durchaus in keine Verührung kam, indem nur unter dieser Voraussetzung das vollste Vertrauen des Angeklagten zu den rechtsprechenden Richtern denkbar erscheinen konnte.

Von diesen Gründen geleitet schlug man zunächst vor **), dem Untersuchungsrichter die Functionen der Rathskammer der französischen Gerichte gewissermaßen zu übertragen, denselben demgemäß unter die Oberaufsicht des Anklagesenats des Obergerichts zu stellen und, abgesehen von einfachen Ordnungswidrigkeiten und Verzögerungen, nur an Weisungen dieses Senats zu binden, ihn von der Aburtheilung der von ihm in der Voruntersuchung bearbeiteten Straffachen auszuschließen und ihm endlich unter Vorbehalt eines Recurses, ein durchaus selbstständiges Ur-

*) §. 156 ff.

**) Sitzung vom 4. Juli 1849 (Nr. 46).

*) §. 32.

theil auch über die Eröffnung des Hauptverfahrens und die Verhaftung des Angeklagten in die Hand zu geben.

Es war indeß auf der andern Seite nicht zu bestreiten, daß dieser Einrichtung mehrfache Bedenken im Wege standen, namentlich insofern, als es sich nicht verkennen ließ, daß, weil man natürllich gegen ein, auch in den vor die Kreisgerichte gehörigen Fällen, abzugebendes Erkenntniß über die Versetzung in den Anklagestand mindestens die Cassation nicht hätte abschneiden dürfen, jene Einrichtung zu einer Verweilung des Verfahrens und zu einer Verzögerung der Untersuchungen führen mußte, welche dem Maße der Wichtigkeit der Suchtpolizeifachen keineswegs entprochen haben würde. Man entschied sich daher schließlich dafür, den Untersuchungsrichter zwar von der Theilnahme bei der Aburtheilung der von ihm in den Voruntersuchung behandelten Straffälle auszuschließen *), denselben aber der Aufsicht der Kreisgerichte zu unterwerfen **), und in den Suchtpolizeifachen von der Abgabe eines Erkenntnisses auf Versetzung in den Anklagestand abzusehen ***). Mit dieser Einrichtung wird man sich aber um so eher einverstanden erklären können, da nach §. 84 der Strafproceßordnung, die Kreisgerichte auch in den Suchtpolizeifällen, in denen eine Voruntersuchung hat geführt werden müssen, nicht in die Lage gesetzt sind, eine Vorentscheidung abzugeben, durch welche sie möglicher Weise zum Nachtheile des Angeklagten präoccupirt werden könnten, abgesehen hiervon aber sowohl die unabhängige Stellung der öffentlichen Ankläger als auch die ausgedehnten Rechte, welche dem Angeklagten zugesprochen sind, diesem eine so bedeutende Gewähr gegen Bedrückungen an die

*) Gef. über die Gerichtsverf. §. 13.

**) §. 36.

***) Sitzung vom 6. Juli 1849 (Nr. 47). St.-P.-D. §§. 45 und 84.

Hand geben, daß nur eine übertriebene Aengstlichkeit sich für eine noch bedeutendere Sicherstellung des Angeklagten entscheiden könnte.

Die eben gemachte Bemerkung führt

C. auf die Stellung und die Rechte des Angeklagten im Strafproceß;

und in dieser Beziehung bedarf es nur weniger Worte.

Der Angriff, welcher gegen eine bestimmte, eines Verbrechens bezüchtigte Person gerichtet wird, muß ein offener, er darf nicht, wie es nach der bisher befolgten Inquisitionsmaxime hin und wieder der Fall gewesen ist, ein versteckter sein. Jede Abweichung von diesem Grundsatz enthält eine mit nichts zu rechtfertigende Verkümmern des Vertheidigungsrechtes und eine Verletzung der Gleichheit der Rechte der Parteien. Hierin hat es seinen Grund, wenn in §. 40 bestimmt wird, daß in jeder Vorladung ausdrücklich bemerkt werden solle, ob Jemand als Zeuge, Sachverständiger oder Angeklagter vorgeladen werde, und diese Bestimmung wird unzweifelhaft durch den Geist des künftigen Verfahrens geboten.

Der Anklageproceß bringt es ferner mit sich, daß der öffentliche Ankläger, eben so wie der Kläger im Civilverfahren, den Grund seiner Anklage darzutun und die Beweismittel herbeizuschaffen verpflichtet wird, welche zur Ueberführung des Angeklagten dienen sollen. Dem Angeklagten kann es nicht zugemuthet werden, seiner Seite zu diesem Zwecke mitzuwirken; es würde vielmehr eben sowohl einen Eingriff in seine Vertheidigungsrechte, als einen argen Verstoß gegen die Grundidee des künftigen Strafverfahrens enthalten, wenn man von jener Maxime abweichen wollte. Hierin haben aber die Bestimmungen, sowohl des §. 6 als auch des §. 43 ihren Grund.

Durch den Geist des Anklageverfahrens wird es endlich geboten, das Vertheidigungsrecht des Angeklagten im

ausgedehntesten Umfange anzuerkennen und denselben in die Lage zu setzen, den Angriffen des Anklägers mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln entgegenzutreten. Hierin haben die Bestimmungen der §§. 7 und 8 ihren Grund.

Geht man, wie es die Strafproceßordnung in anerkennenswerther Weise gethan hat, rücksichtlich der Stellung des Angeklagten von diesen Gesichtspunkten aus, so wird man das Ansehen der Strafrechtspflege in demselben Maße heben, als man es bei einem Hinneigen zu der alten, mit dem künftigen Verfahren durchaus unverträglichen Inquisitionsmaxime herabsetzen würde. Die Strafrechtspflege wird nur dann vollkommenes Vertrauen erwecken, nur dann wird sie in vollkommen würdiger Weise geübt werden, wenn man ihr auch nicht einmal scheinbar den Vorwurf einer Uebervortheilung des Angeklagten machen kann, und wenn es sich auch nicht bestreiten läßt, daß das ausgedehnte Vertheidigungsrecht, welches die angeführten §§. dem Angeklagten gestatten, hier und dort leichter gemißbraucht werden kann, als es nach den bisher befolgten Maximen möglich war, so darf diese Möglichkeit doch, abgesehen von den jedenfalls höher anzuschlagenden Vortheilen, welche durch die §§. 7 und 8 herbeigeführt werden, den Gesetzgeber auf keine Weise bestimmen, von Grundsätzen abzuweichen, welche sich als eine Forderung der Gerechtigkeit herausstellen. —

Von wesentlicher Bedeutung für das Gedeihen des neuen Verfahrens erscheint ferner

2) eine richtige Begrenzung der Voruntersuchung im Verhältnisse zu dem öffentlichen und mündlichen Hauptverfahren.

Soll das mündliche Verfahren, wie es die Absicht ist, in der That den Haupttheil der ganzen Untersuchung ausmachen, soll ferner die Öffentlichkeit und Mündlichkeit zur vollkommenen Geltung gelangen, soll endlich das Institut der Geschwornengerichte lebenskräftige Wurzel im Volke

fassen, so muß das öffentliche, mündliche Hauptverfahren selbst zu einem lebendigen gemacht und so eingerichtet werden, daß dasselbe vorzugsweise und für sich allein ein klares Bild des Fragefalls vor die Augen der Richter und Geschwornen führt, daß daraus allein Richter und Geschworne ihre Ueberzeugung schöpfen, daß Beide auf dieses Verfahren soviel als möglich ausschließlich verwiesen und so wenig genöthigt noch auch veranlaßt werden, ihre Ueberzeugung von der Schuld oder Unschuld des Angeklagten aus einer andern, trüberen Quelle zu schöpfen. Die Voruntersuchung war hiernach auf den Zweck zu beschränken, welcher derselben in §. 35 vorgezeichnet ist; sie muß sich, wenn nicht die Verhältnisse ein Anderes, wie z. B. in dem Falle nöthig machen, wo der Verlust eines Zeugnisses und dgl. zu besorgen ist, auf die Ansammlung und Ermittlung des für das Hauptverfahren erforderlichen Materials beschränken, die Verarbeitung dieses Materials selbst aber muß dem öffentlichen und mündlichen Verfahren vorbehalten werden. — In der consequenten Durchführung dieser Grundsätze hat es denn seine Veranlassung, wenn auf der einen Seite die eibliche Vernehmung von Auskunftspersonen, die Production von Urkunden, selbst, wo es angeht und zweckmäßig erscheint, die Einnahme des Augenscheins in das Hauptverfahren verwiesen, auf der andern Seite aber die Verlesung von Actenstücken aus der Voruntersuchung wesentlich beschränkt und die Mittheilung der Untersuchungsacten an die Geschwornen nicht gestattet wird *). Eben so hat es in einer richtigen Auffassung des Zweckes des öffentlichen und mündlichen Verfahrens seinen Grund, wenn schriftliche Anträge in dem künftigen Strafverfahren auf das Nothwendigste beschränkt und wenn namentlich dem Inhalte der Anklageschrift **) bestimmte

*) Vgl. §§. 59. 86. 90. 141.

**) Vgl. §§. 83.

Schranken gesetzt, die mündlichen Vorträge der Parteien aber in allen Stadien des Verfahrens, und demgemäß consequenter Weise auch in der Cassationsinstanz *) zu dem eigentlichen Kriterium erhoben werden.

Jede Abweichung von den bisher entwickelten Grundsätzen würde leicht und bald dahin führen, daß der eigentliche Schwerpunkt in den meisten, besonders aber in den schwereren und verwickeltesten Fällen, in die Voruntersuchung gelegt würde; hierdurch könnte aber das eigentliche Hauptverfahren nur seine wahre Bedeutung verlieren und, wie es in Frankreich nach den hier seit geraumer Zeit gemachten Erfahrungen der Fall ist, zu einem Schauspiele herabgewürdigt werden. Die nothwendige Folge hiervon würde aber unausbleiblich die sein, daß überhaupt das öffentliche und mündliche Verfahren mit seiner Bedeutung auch seinen Werth und seine Lebensfähigkeit verlöre **).

Von wesentlicher Bedeutung für das künftige Verfahren ist ferner

3) die Art der Urtheilsfällung, und zwar was die Thatfrage betrifft, sowohl bei den Schwurgerichten als auch bei den übrigen, besonders den Kreisgerichten.

Die Proceßordnung hat sich für das Princip der Einheitlichkeit entschieden; die näheren Erörterungen über diesen Grundsatz werden indeß angemessener weiter unten ***) folgen.

Nicht minder von Bedeutung sind endlich

4) die Grundsätze, von denen man in Bezug auf die Anfechtbarkeit der Straferkenntnisse ausgehen zu müssen glaubt.

In dem ursprünglichen Entwurfe war, wie dies be-

*) Vgl. §§. 160 ff.

**) Vgl. Geib Reform zc. S. 104 ff.

***) Zu §§. 92 u. 142.

reits in den Motiven zu dem Gesetze über die Gerichtsverfassung angedeutet ist, gegen Straferkenntnisse des Criminalsenates, des Obergerichts, so wie der Amts- und Stadtgerichte das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde, und gegen die Erkenntnisse der Kreisgerichte in den, denselben in erster Instanz überwiesenen Strafsachen das Rechtsmittel der Berufung vorgeschlagen, mithin ein, nach Verschiedenheit der erkennenden Gerichte verschiedenes System angenommen.

Abgesehen nun davon, daß es an sich höchst bedenklich erscheinen muß, je nach der Verschiedenheit der erkennenden Gerichte Unterschiede zwischen den gegen die Strafurtheile zu gestattenden Rechtsmitteln eintreten zu lassen, so kommt bei der Frage über die Zweckmäßigkeit und Möglichkeit des Rechtsmittels der Berufung im künftigen Strafverfahren zunächst der Umstand in Betracht, daß das Urtheil über die Thatfrage, weil nach der vorliegenden Strafproceßordnung in dieser Beziehung Richter und Geschworne nicht auf feste Beweisregeln, sondern lediglich auf ihre innerste Ueberzeugung verwiesen werden, und weil es schlechterdings nicht zu rechtfertigen sein würde, wenn man über die gewissenhafte Ueberzeugung des Gerichts erster Instanz die des Oberen Gerichts setzen wollte, überhaupt niemals und unter keiner Bedingung im Wege der Berufung wird angefochten werden dürfen.

Wollte man daher überhaupt das Rechtsmittel der Berufung gegen Straferkenntnisse gestatten, so würde dasselbe lediglich auf Verstöße gegen wesentliche Vorschriften über das Verfahren und auf die Fälle einer unrichtigen Entscheidung der Rechtsfrage, mithin auch auf die Fälle einer unrichtigen Strafzumessung zu beschränken gewesen sein. Auch in dieser Beschränkung erscheint indeß das Rechtsmittel der Berufung so bedenklich, daß man sich für dessen Zulassung trotz des Beispiels anderer deutscher Ge-

gesetzgebungen und des französischen Verfahrens nicht glaubte entscheiden zu dürfen.

Gestattet man die Berufung dem Angeklagten, so muß man deren Benutzung consequenter Weise auch dem Staatsanwalte zugestehen, und demgemäß, gegen die bisher bei uns in der Strafrechtspflege befolgten Grundsätze, nach dem Beispiele der französischen Gesetzgebung in zweiter Instanz eine Abänderung der Straferkenntnisse zum Nachtheile des Angeklagten, also eine Straferhöhung zulassen. Diese Maxime, mit der man sich von vorn herein aus politischen Gründen schwerlich wird einverstanden erklären dürfen, würde in ihrer Anwendung jedenfalls zu Härten und Unzuträglichkeiten führen, welche das Ansehen der Gerichte und der Strafgewalt gleichmäßig schwächen müßten. Wollte man dagegen dem öffentlichen Ankläger die Berufung nicht gestatten und dieses Rechtsmittel lediglich als eine weitere Verteidigung dem Angeklagten vorbehalten, so könnte man eben sicher sein, daß dasselbe, wenn nicht in allen, doch in den bei weitem meisten Fällen zur Hand genommen und daß, bei einer erfolglosen Benutzung dieses Rechtsmittels, noch in einer Uebersahl von Fällen zur Cassation gegriffen werden würde. Hieraus würde aber eine wahrhaft unerträgliche Verschleppung der Justiz und eine entschiedene Vergeudung der richterlichen Kräfte hervorgehen, ohne daß auf der andern Seite ein, im entsprechenden Verhältnisse stehendes heilsames Resultat gewonnen würde.

Hierzu kommt nun noch der Umstand, daß sich das Rechtsmittel der Berufung, wenn man dasselbe nicht zu einer leeren Spielerei herabwürdigen will, ohne gründliche Prüfung und Erörterung in zweiter Instanz nicht denken läßt, und daß demgemäß als Grundlage des Berufungs Erkenntnisses eine Wiederholung des ganzen Hauptverfahrens in zweiter Instanz eine unabwiesliche Nothwendigkeit sein würde. Gegen eine solche Wiederholung mußte man sich

aber nicht nur aus finanziellen Gründen, sondern auch deshalb entscheiden, weil es sich nicht bestreiten läßt, daß nach der Natur der menschlichen Dinge die Wiederholung eines Verfahrens, welches den Fragefall in derselben Gestalt und mit denselben Schattirungen vor die Augen führte, wie solche in der ersten Instanz vorgekommen waren, völlig unmöglich erscheint.

Wie oben bereits erwähnt wurde, so kennen das französische Verfahren und die meisten diesem nachgebildeten neueren Gesetze das System der Appellationen in Strafsachen; allein nach den neueren statistischen Nachweisungen über die Strafrechtspflege in Frankreich werden dort die Appellationen selten benutzt, so daß etwa auf dreißig Fälle Eine zu rechnen ist, und in den meisten Fällen ist es eben der öffentliche Ankläger, welcher das Rechtsmittel zur Hand zu nehmen pflegt. Auch diese Thatsache spricht gegen die Annahme des französischen Systems, und um so unbedenklicher kann man sich auch in dieser Beziehung das englische Verfahren zum Muster nehmen, da sich dies durch langjährige Erfahrung bewährt gezeigt und zu gegründeten Klagen bisher keinen Anlaß gegeben hat.

Muß man sich hiernach gegen das Rechtsmittel der Berufung und für das System der Cassationen entscheiden, so läßt es sich allerdings auf der andern Seite nicht bestreiten, daß man Vorkehrungen zu treffen hat, welche die Uebelstände beseitigen, zu denen möglicher Weise das Hinwegfallen der Appellationen im künftigen Strafverfahren Veranlassung geben könnte. Es kann hiermit nicht gemeint sein, daß die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Straferkenntnisse die Appellation in ihrem ganzen Anfange in sich aufnehmen solle, dagegen ist es eine unabwiesliche Nothwendigkeit, dahin zu wirken, daß bei dem Systeme der Cassationen das Vertrauen zur Strafrechtspflege nicht erschüttert, und daß eine Gewähr für die gründlichste Prüfung der Strafsachen in erster Instanz gegeben wird. Hier-

auf ist in der vorliegenden Strafproceßordnung überall Bedacht genommen, und namentlich darf in dieser Beziehung darauf hingewiesen werden, daß die Cassationen, soweit dies ohne ein Verkennen der Grundlage und des Zweckes derselben möglich war, ausgedehnt sind, daß das Recusationsrecht des Angeklagten gegen die bisherige Praxis angemessen erweitert *), daß die Trennung des Urtheils über die Thatfrage von dem Urtheile über den Rechtspunkt für alle Gerichte vorgeschrieben **), und endlich daß für das Urtheil über die Thatfrage auch in den vor die Kreisgerichte gehörigen Fällen Einhelligkeit gefordert ist ***).

Zweiter Theil.

Die einzelnen Bestimmungen des Gesetzes.

§. 10.

In Bezug auf das Abhäsionsrecht des Beschädigten könnte es in Frage kommen, ob man nicht nach dem Beispiele anderer Gesetzgebungen die Verfolgung civilrechtlicher Ansprüche aus dem künftigen Strafverfahren zweckmäßiger ganz verbannen würde. Wenn es indeß auf der einen Seite nicht zu verkennen ist, daß durch die Verfolgung der Civilansprüche im Strafverfahren möglicher Weise zu einer Verwickelung der Sache Anlaß gegeben werden kann, so sind auf der andern Seite doch auch mehrfache Vortheile des Abhäsionsverfahrens nicht zu bestreiten. Ueberdies

*) Vgl. besonders §. 21.

**) §§. 81. 92.

***) §. 92. Ueber die Systeme anderer neueren Gesetze vgl. Lemme Grundzüge 1c. 1850. S. 163 ff. Die näheren Erörterungen über die einzelnen Fälle der Cassationen selbst werden unten zu §§. 156 ff. folgen.

könnte es nicht ganz unbedenklich erscheinen, wenn man in dem künftigen Strafverfahren dem Beschädigten ein Recht abschneiden wollte, welches die bisherige Strafproceßpraxis anerkannt hat, und man wird sich deshalb für die Beibehaltung desselben um so eher entscheiden dürfen, da es sich von selbst versteht, daß durch den Civilanspruch des Beschädigten eine an sich spruchreife Sache nicht zum Nachtheile des Angeklagten verzögert werden darf.

§. 11.

Der ursprüngliche Entwurf hatte statt der im zweiten Absätze dieses §. enthaltenen Bestimmung vorgeschlagen, die Competenz nach der im concreten Falle zu erkennenden Strafe festzustellen; die Gründe, welche ein Abgehen von diesem Vorschlage veranlaßt haben, sind bereits in den Erörterungen über die Gerichtsverfassung dargelegt *).

§. 12.

Bei Verbrechen, welche im Herzogthume begangen werden, hatte der Entwurf die ausschließliche Competenz des Forum delicti commissi vorgeschlagen; es schien indeß nicht unbedenklich, gegen die bisherige Praxis die elective Concurrenz des Forum domicili auszuschließen, da es keinenfalls zu bestreiten ist, daß besondere Gründe das Einschreiten dieses Gerichts im Fragefalle wünschenswerth machen können. Auf der andern Seite würde es inzwischen ebenfalls zu Unzuträglichkeiten führen können, wenn man über die Competenz beider, elective concurrirender Gerichtsstände unwiderruflich die Prävention entscheiden lassen wollte, und es schien deshalb angemessen, dem Obergerichte die Befugniß einzuräumen, auch nach der Prävention des einen oder des andern Gerichts eine Verfügung über die Zuständigkeit zu treffen.

§. 21.

Schon oben ist darauf hingedeutet, daß künftig die

*) Vgl. zu §. 8 der G.-B.

Richter in den, den Schwurgerichten nicht überwiesenen Fällen, eben so wie die Geschwornen über die Thatfrage nicht nach festen Beweisregeln, sondern nach ihrer innersten Ueberzeugung zu urtheilen haben, und in Folge dieses Umstandes kann man, was das Recusationsrecht des Angeklagten den richterlichen Beamten gegenüber anlangt, nicht sowohl bei den bisher befolgten Maximen stehen bleiben, sondern man muß sich consequenter Weise soviel als möglich den Grundsätzen nähern, welche in Bezug auf die Ablehnung eigentlicher Geschwornen gelten.

Nach Maßgabe der Besetzung der Gerichte des Herzogthums kann man allerdings dem Angeklagten den gerichtlichen Beamten gegenüber kein so ausgedehntes Recusationsrecht, wie den Geschwornen gegenüber zustehen; es wird indeß eine Erweiterung des Recusationsrechtes nicht abzulehnen sein, in dieser Beziehung aber genügen, wenn man dem Angeklagten das Recht giebt, in jedem Falle die Gründe, welche ihn zur Ablehnung eines Richters veranlassen, durch den Verhörreszenzid zu bewahrheiten, indem dieses Recht jenem eine ziemlich sichere Gewähr dafür an die Hand giebt, daß ihm kein Richter aufgedrängt werden kann, zu dem er nicht das volle Vertrauen befigt *).

§. 22.

Der öffentliche Ankläger ist kein richterlicher Beamter, sondern das Organ des Staates für die Verfolgung verbrecherischer Handlungen; er nimmt mithin, wie dies schon oben hervorgehoben ist, dem Angeklagten gegenüber eine wirkliche Parteil Stellung ein und folgeweise lassen sich auf ihn die Grundsätze, welche über die Ablehnung richterlicher

*) Die Bestimmungen des französischen Rechts in dieser Materie sind ziemlich engherzig, vgl. Code Art. 378 — 396, besonders Art. 390, welcher unbegründete Recusationsanträge sogar mit Strafe bedroht.

Beamten gelten, nicht anwenden. Es können jedoch zwischen dem öffentlichen Ankläger und dem Angeeschuldeten im Fragefalle ungeeignete Verhältnisse eintreten, welche auf den Gang der Verhandlungen mehr oder weniger einen, sowohl dem Angeklagten wie für das öffentliche Interesse nachtheiligen Einfluß ausüben würde, und derartige nachtheilige Einflüsse abzuschneiden liegt eben so im Interesse des materiellen Rechtes, wie im Interesse des Staates, dem es keinesfalls gleichgültig sein kann, wenn durch Leidenschaftlichkeit, Vereinbarommenheit oder persönlichen Groll des Anklägers gegen den Angeklagten die Würde der Staatsanwaltschaft verkleinert wird. Hierdurch rechtfertigen sich die Bestimmungen dieses §., und es bedarf kaum der Bemerkung, daß damit eben das Mögliche gegeben wird *).

§§. 24 — 29.

Die Beamten der gerichtlichen Polizei, welche, abgesehen von den Forst- und Jagdwachen so wie von den Steuer- und Zollcontraventionen, als öffentliche Ankläger vor den Amts- und Stadtgerichten auftreten, sind im §. 2 und 3 des Gesetzes über die gerichtliche Polizei näher bezeichnet.

Ueber die Befugnisse der öffentlichen Ankläger, namentlich zur Anordnung von Verhaftungen, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen, enthält das eben angeführte Gesetz in den §§. 5 — 10 ebenfalls nähere Bestimmungen, und es kann daher in dieser Beziehung auf dieses Gesetz und die Bemerkungen zu demselben verwiesen werden, zumal schon in dem Vorhergehenden die Grundmaximen angedeutet sind, von denen rücksichtlich der Stellung des öffentlichen Anklägers die Strafproceßordnung ausgeht.

§. 32.

Die Bestimmungen dieses §. entsprechen dem öffent-

*) Das französische Recht gestattet die Recusation der Staatsanwälte nur, wenn sie als partie jointe auftreten. Code Art. 381.

lichen Interesse und sie waren nothwendig, weil der öffentliche Ankläger nicht überall gegenwärtig sein und die Einleitung einer Untersuchung beantragen kann. Sie stehen auch mit dem Anklageverfahren nicht im Widerspruche, da der Charakter der Voruntersuchung immer ein überwiegend inquisitorischer sein wird und sich demgemäß ein Einschreiten der Gerichte von Amtswegen in diesem Stadium nicht bloß rechtfertigen läßt, sondern sogar nothwendig erscheint, wenn man anders die Strafgewalt zu ihrem Rechte bringen will.

§. 38.

Die Beeidigung der Zeugen in der Voruntersuchung wird, abgesehen von dem Falle, wo die Gefahr des Verlustes des Zeugnisses, z. B. wegen Alters oder Kränklichkeit des Zeugen zu besorgen steht, regelmäßig nur dann statthaft sein, wenn die Vorladung derselben zur öffentlichen und mündlichen Hauptverhandlung nach Maßgabe der Bestimmungen des §. 59 nicht erforderlich ist, oder wenn andere besondere Gründe dazu vorliegen. Die Bestimmungen dieses §. geben mithin dem Untersuchungsrichter nicht etwa das Recht, jeden beliebigen Zeugen willkürlich schon in der Voruntersuchung zu beeidigen, es würde dies vielmehr dem im §. 35 ange deuteten Zwecke derselben widersprechen und, abgesehen hiervon, insofern leicht und oft nachtheilige Folgen herbeiführen, als es sich nicht bestreiten läßt, daß ein Zeuge, der seine in der Voruntersuchung gemachte Aussage eidlich erhärtet hat, bei weitem weniger unbefangen in dem öffentlichen Verfahren aussagen wird, als es sonst der Fall sein könnte.

§. 45.

Die Bestimmungen dieses §. bedürfen kaum einer weitern Erläuterung; sie entsprechen ganz den oben entwickelten Grundsätzen, wonach nur in den, vor den Criminalsenat des Obergerichts gehörigen Sachen ein Erkenntniß auf Vernehmung in den Anklagestand erforderlich

sein, in den übrigen, namentlich in den Suchtpolizeisachen, aber von der Abgabe eines solchen Erkenntnisses abgesehen werden soll. Die einzelnen Fälle sind nach diesem Grundsatz von einander gesondert, und wenn unter Nr. 1, a. dem Staatsanwalte die Verpflichtung auferlegt wird, von der Einstellung einer in Angriff genommenen Untersuchung dem Oberstaatsanwalt Anzeige zu machen, so hat dies, eben so wie die Bestimmung in §. 46, wonach der Oberstaatsanwalt in den zur Competenz des Criminalsenats gehörigen Fällen zu einer ähnlichen Anzeige bei dem Untersuchungsrichter verpflichtet ist, darin seinen Grund, daß man in solchen Fällen im Interesse der Strafgewalt nicht ganz von einer controlirenden Instanz absehen kann.

§§. 47 — 48.

Die Bestimmungen dieser §§. entsprechen lebiglich der Gerechtigkeit, und zwar die in §. 47 insofern, als die Voruntersuchung in den hier erwähnten Fällen leicht einen Makel nach der öffentlichen Meinung auf den Beteiligten wirft und diesem daher an einer Rechtfertigung gelegen sein kann; die in §. 48 dagegen insofern, als ohne das sehr leicht auf Grundlage des schon benutzten und ungenügend erkannten Materials gehässige Verfolgungen möglich sein würden.

§. 52.

In diesem §. findet sich der einzige Fall, in welchem wegen eines Formfehlers die Richtigkeit des Endurtheils ausdrücklich angedroht wird, und es bedarf in Folge dessen, um Mißverständnissen vorzubeugen, einiger Bemerkungen über diesen Gegenstand.

Die Strafproceßordnung hat in §. 158 die Gründe, auf welche ein Cassationsrecurs gestützt werden kann, in allgemeinen Umrissen hervorgehoben und es sonst, mit Ausnahme des vorliegenden Falles, vermieden, einzelne bestimmte Untersuchungshandlungen bei Strafe der Nichtig-

keit vorzuschreiben oder gar, wie dies z. B. in der Preussischen Verordnung vom 3. Jan. 1849 geschehen ist, die processualischen Nichtigkeiten in einer geschlossenen Zahl zu specificiren. Man wurde in dieser Beziehung vorzüglich durch die Rücksicht geleitet, daß man bei der größten Umsicht und Genauigkeit nicht im Stande sein konnte, mit speciellen Aufzählungen alle möglichen Fälle processualischer Nichtigkeiten zu erschöpfen und daß man, wenn man eben, auch nur beispielsweise, einzelne Fälle der Nichtigkeit ausdrücklich hervorhob, leicht zu der Ansicht hinkommen konnte, daß, was das Gesetz selbst in dieser Rücksicht nicht als Nichtigkeit charakterisirt habe, auch nicht als nichtig angesehen werden dürfe, so groß auch immer der im Fragefalle vorliegende Verstoß sein möge.

Es bedarf nun aber wohl kaum der Bemerkung, daß man in dieser Weise, wenn anders nicht ein todter Formalismus in der Criminalrechtspflege das Recht selbst ausdrücken soll, die rechtsprechenden Gerichte nicht binden, daß man vielmehr der Rechtsansicht des Cassationshofes, wenn dieser überhaupt im Stande sein soll, das materielle Recht durch seine Aussprüche zum Siege zu bringen, den möglichst freien Spielraum gestatten muß.

Die Erörterungen zu den §§. 156 ff. werden theilweise auf diesen Gegenstand zurückführen; hier deshalb nur noch die Bemerkung, daß sich im gegenwärtigen Falle die Androhung der Nichtigkeit kaum vermeiden ließ, wenn man nicht Gefahr laufen wollte, die Ansicht hervorzurufen, daß die ohne Grund erfolgte Ausschließung der Öffentlichkeit in keinem Falle eine Nichtigkeit des ganzen Verfahrens und des Endurtheils zur Folge haben könne*).

*) Ueber die Maximen anderer neuerer Gesetzgebungen in der Materie der Nichtigkeiten, vgl. Lemme a. a. O. S. 171 ff.

§. 56.

Die Berechtigung der Geschwornen, directe Fragen an den Angeklagten und die Auskunftspersonen zu stellen, folgt aus deren Eigenschaft als Richter der Thatfrage, und es würde eine Inconsequenz enthalten, wenn man ihnen dieses Recht nicht zugestehen wollte, zumal es sich nicht bestreiten läßt, daß die Geschwornen, wenn sie von diesem Rechte Gebrauch machen, in den meisten Fällen im Stande sein werden, eine richtigere und gründlichere Anschauung der Sache zu erlangen, als es ohne das möglich sein würde.

Was die Parteien betrifft, so wissen diese ihrer Stellung nach in den meisten Fällen die Punkte, über welche die Auskunftspersonen aussagen sollen, genauer und besser hervorzuheben, als sich der Richter darüber aus den Acten zu unterrichten im Stande ist; im Uebrigen läßt es sich nicht bestreiten, daß eine von den Parteien direct gestellte Frage den Kern der Sache häufig besser trifft, als eine mittelbar von denselben vorgelegte.

§. 58.

Der erste Absatz dieses §. lautete im Entwurfe:

„es bleibt bei den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen über die Zulässigkeit der Beweismittel in Strafsachen und über die Art der Beweisaufnahme;“

und diese Fassung hatte vorzugsweise wohl ihren Grund in dem Systeme der Rechtsmittel gegen Straferkenntnisse, welches der Entwurf nach dem Obigen durchgeführt hatte. Die bisherige Art der Beweisaufnahme würde aber zu dem künftigen öffentlichen Verfahren nicht nur nicht passen und im hohen Grade zeitraubend sein, sondern sie stellt sich auch, nach dem Hinwegfallen des Rechtsmittels der Berufung, als überflüssig heraus.

§. 59.

Wie dies bereits in der Einleitung hervorgehoben ist, so bezwecken die Bestimmungen des ersten Absatzes dieses §. vorzugsweise eine richtige Begrenzung der Voruntersuchung zum Hauptverfahren. Im Uebrigen bedarf es kaum der Bemerkung, daß die Gerichte auch befugt sind, entfernt wohnende Zeugen zum Hauptverfahren vorzuladen und daß in dieser Beziehung die Verschaffenheit des Strafgesetzes das richterliche Ermessen leiten müssen.

Die Bestimmungen in dem 2. und 3. Absätze rechtfertigen sich als praktisch und sind darauf berechnet, ein Uebermaß oft unerheblicher Beweismittel, welche häufig nur zur Verschleppung der Sache vorgeschlagen werden, abzuschneiden.

§. 63.

Wie im Civilproceß*) so ist man auch hier von den bisher üblich gewesenen Formlichkeiten bei Eidesleistungen abgegangen, da sich diese als veraltet und unpassend darstellen und es angemessener erschien, den Richter überhaupt nicht an Formeln zu binden, die, wie die bisherige Erfahrung gezeigt hat, in den meisten Fällen durchaus wirkungslos sind.

Wenn übrigens nach §. 60 in Strafsachen die Vernehmung der Zeugen vor deren Vernehmung erfolgen soll, so hat dieses in dem öffentlichen Verfahren selbst und darin seinen Grund, daß das umgekehrte, im Civilproceß allerdings vorgeschriebene Verfahren**) zu einer Menge von Inconvenienzen und zu großem Zeitverluste führen würde.

§. 64.

Zu dem Entwurfe fand sich zu diesem §. noch folgende Bestimmung:

*) §. 92.

**) §. 79.

»bei Stimmengleichheit geht die mildere Meinung vor. Entstehen mehr als zwei verschiedene Meinungen, so sollen die für den Beschuldigten nachtheiligsten zusammengerechnet werden, bis sie die Mehrheit bilden, und dann soll die mildeste entscheiden.«

Der Fall einer Stimmengleichheit wird indeß, nach der jetzigen Einrichtung, indem stets nicht weniger und mehr als drei Richter urtheilen sollen, zu den größten Seltenheiten gehören und eine Bestimmung hierüber erscheint daher eben so wenig nothwendig, als sie zweckmäßig sein möchte. Was dagegen die Fälle einer Mehrzahl verschiedener Meinungen anlangt, so paßte die Bestimmung des Entwurfs nur da, wo eine Meinungsverschiedenheit in Bezug auf das Strafmaß oder quantitative Abstufungen, nicht aber da, wo eine Meinungsverschiedenheit über den Charakter des Verbrechens oder qualitative Abstufungen vorlag. Im ersten Falle reicht nun der Grundsatz aus, daß im Zweifel die mildere Ansicht entscheidet; was hingegen den letzten Fall betrifft, so mußte man es für mehr als bedenklich halten, feste Bestimmungen darüber zu geben, indem es sich hier um eine juristische Analyse handelt, der man keine Normen vorschreiben kann, ohne der Selbstständigkeit der richterlichen Reflexion zu nahe zu treten.

§. 66.

Die Bestimmungen des ersten Absatzes dieses §. rechtfertigen sich, weil man die Form nicht über die Materie setzen darf und ein mit nichts zu rechtfertigender Verstoß gegen das materielle Recht darin liegen würde, wenn man eine an sich begründete Anklage bloß wegen eines unpassenden Strafantrages abweisen wollte.

Eben so rechtfertigt sich der zweite Absatz, da er eine Bestimmung enthält, welche den Angeklagten eben so wohl vor einer absichtlichen wie vor einer zufälligen Ueberraschung sicher stellt.

§. 67.

Die Vorrichtung des letzten Abjages hat vorzugsweise den Zweck, leichtfertigen Privatanklagen, die nach den Erfahrungen der letztenverfloßenen Jahre namentlich wegen Injurien häufig erhoben sind, entgegenzutreten; sie findet überdies ihre Rechtfertigung in der Natur des Anklageverfahrens selbst.

§. 74.

Das Verfahren, welches hier für alle Fälle vorgeschrieben ist, in denen auf Geldstrafen erkannt werden muß, weicht allerdings von dem bisherigen ab, indes glaubte man sich unbedingt dafür entscheiden zu dürfen, da es eines Theils im Interesse der Angeklagten selbst liegt, wegen derartiger Brogenischen nicht zum Erscheinen vor Gericht genöthigt zu werden, während andern Theils mit diesem Verfahren bedeutende Zeit und Arbeitskräfte gespart werden, und endlich die größere Mehrzahl der in diesen Sachen einwachenden Anklagen, v. B. wegen Fersch, Jazds, Feld- und Polzeiwegen, sich auf amtliche Wahrnehmungen gründen.

§. 80.

Wenn in diesem §. nur dem öffentlichen oder dem Privat-Ankläger das Recht gegeben wird, nach Abgabe eines Contumacialerkenntnisses die nochmalige Ansetzung eines Termins zu beantragen, dem Angeklagten aber nicht dasselbe Recht zugesprochen wird, so hat dies in den Bestimmungen des §. 75, wonach im Ungehorsame des Letzten mit der Beweisaufnahme zu verfahren und zu erkennen ist, seinen Grund. Der Angeklagte kann daher in solchen Fällen, abgesehen von der Cassation, nur im Wege der Revision (§§. 173. 174.) ein neues Verfahren veranlassen.

Gegen die Entscheidung des Richters über die in diesem §. erwähnten Anträge findet übrigens eine Beschwerde an das vorgesetzte Kreisgericht nicht statt.

§§. 82—84.

Die Bestimmungen dieser §§. werden durch §. 45 näher erläutert, indem hier die verschiedenen möglichen Fälle getrennt sind, welche in den vom Staatsanwalte und vom Untersuchungsrichter in Angriff genommenen Untersuchungen eintreten können.

Die Anklage, ohne Vorentscheidung über die Verleugung des Angeschuldigten in den Anklagestand, bildet die erste Einleitung zum Hauptverfahren, und eben mit Rücksicht auf das Hinwegfallen einer Vorentscheidung über das Material der Voruntersuchung erscheint es durchaus consequent und nothwendig, daß den Kreisgerichten in §. 84 vor weiterem Fortschreiten in der Sache ein Urtheil über ihre Zuständigkeit, über die Zulässigkeit eines Verfahrens überhaupt und über die Vollständigkeit der Voruntersuchung zugesprochen wird.

Die Entscheidungen über die Nothwendigkeit einer Vervollständigung der Untersuchung sind, wenn man sich so ausdrücken darf, mehr proceßleitender Art, und es wird gegen dieselben deshalb nur eine Beschwerde an den Anklagenrat des Obergerichts gegeben; die Entscheidungen über die Zuständigkeit und die Zulässigkeit eines Strafverfahrens tragen dagegen den Charakter wirklicher Urtheile an sich, und gegen diese kann daher, wie gegen alle andern Urtheile in Strafsachen, nur die Cassation gestattet werden.

§. 90.

1) Die Befugniß, welche hier wie in §. 130 dem Vorsitzenden des Gerichts gegeben wird, während der Verhandlungen Zeugen, welche nicht auf der Zeugenliste (§. 86) stehen, vorladen und vorführen zu lassen, kann man nicht ohne Grund für bedenklich halten *), da sie in einzelnen

*) Vgl. Mittermaier über die Stellung des Anklagenrates E. 25 (Gerichtssaal für 1849. Zeit 1).

Fällen den Zweck der Bestimmungen des §. 86 verfehlen und leicht zum Nachtheile des Angeklagten ausgeübt werden kann. Es ist danach möglich, daß man dem Angeklagten mit bis dahin unbekannten Beweismitteln zu einer Zeit entgegentritt, wo derselbe überall nicht mehr im Stande ist, den Werth derselben genauer zu prüfen und sich genügend dagegen zu decken, namentlich Gründe darzulegen, welche die Fähigkeit und Glaubwürdigkeit der Zeugen zweifelhaft machen könnten. Auf der anderen Seite ist es indeß wiederum nicht zu verkennen, daß jene Befugniß des Vorsitzenden dem Angeklagten auch zum Vortheile auszuwirken kann, daß mithin die Parteien in dieser Beziehung einander gleichgestellt sind. Abgesehen hiervon hat man aber zu erwägen, daß die fragliche Bestimmung im Interesse des materiellen Rechtes liegt, und daß es, wenn man das materielle Recht soviel als möglich zur Geltung bringen will, nicht rathlich erscheinen kann, hier lediglich die Form entscheiden zu lassen.

2) Wie bereits in der Einleitung hervorgehoben wurde, so befolgt die Proceßordnung in Bezug auf das Verhältniß der Voruntersuchung zum Hauptverfahren den Grundsatz, daß dem Letzten keine Verhandlung entzogen werden darf, sobald nicht entweder die Nützlichkeit derselben oder die Unmöglichkeit vorliegt, sie in dem Hauptverfahren zu reproduciren. Wendet man diesen Grundsatz auf das Urtheil Sachverständiger an, so ist es, sobald dasselbe den subjectiven Thatbestand, §. 3. d. die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten betrifft, um so unerlässlicher, die Vernehmung derselben in das Hauptverfahren zu verweisen, weil hier das Urtheil der Richter und Geschwornen wesentlich von der Art abhängt, in welcher sich die Sachverständigen aussprechen und gerade in einem solchen Falle Richter und Geschworne in den Stand gesetzt werden müssen, ihr eigenes Urtheil durch unmittelbare Fragen an jene aufzuklären.

§. 92.

Dieselben Grundsätze, welche nach den §§. 140 u. 142 in den, den Geschworenengerichten überwiesenen Fällen zur Anwendung kommen, sind nach diesem §. auch analog in den Zuchtpolizeisachen zu beobachten. Das Urtheil über die Thatfrage soll von dem Urtheile über die Rechtsfrage gesondert werden und für das Erste wird Einhelligkeit der Richter gefordert. Die Gründe, welche für das ebengedachte Princip sprechen, werden in den Motiven zu §. 142 dargelegt werden; hier mögen vorerst nur folgende Bemerkungen Platz finden.

Richter wie Geschworne haben nach den Bestimmungen der Proceßordnung über die Thatfrage nicht nach einer festen, gesetzlichen Beweistheorie, sondern nach ihrer innersten, gewissenhaften Ueberzeugung zu richten. Läßt man aber diese Maxime einmal auch in den s. g. Zuchtpolizeisachen zu, so muß man, wenn man sich für den Grundsatz der Einhelligkeit bei Geschwornen entscheidet, diesen Grundsatz consequenter Weise auch auf die Mitglieder der Kreisgerichte, welche eben in den Zuchtpolizeisachen über die Thatfrage wie Geschworne zu richten haben, ausdehnen. Die Ansicht, daß es der vorliegenden Bestimmung an einer inneren Begründung fehle *), wird man schon hiernach nicht gelten lassen können; es kommt aber, was man vor allen Dingen nicht übersehen darf, hierzu noch der Umstand, daß das Urtheil über die Thatfrage nach den Bestimmungen der Proceßordnung nur im Wege der Cassation oder der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beseitigt werden kann, und daß man demgemäß auf eine Sicherstellung des Angeklagten gegen ungründliche oder übereilte Entscheidungen Bedacht nehmen muß. Diese Sicherstellung wird aber einzig und allein durch die fragliche Bestimmung geboten.

*) Sie wird ausgesprochen von Temme a. a. O. S. 145.

Die weitere Vorschrift, daß Thatfachen, über deren Beweis die Richter sich nicht einigen können, für nicht bewiesen gelten sollen, wird durch die Natur der Sache geboten, indem man die in §. 143 für die Geschwornen gegebenen Bestimmungen nicht wohl auf die Kreisgerichte ausdehnen kann.

§. 93.

Der Schlusssatz dieses §. lautete im Entwurfe:

»falls die des Criminalsenates des Obergerichts begründet ist, nach Anhörung des Staatsanwalts und des Beschuldigten die Sache an dieses Gericht zu verweisen;«

wie indeß bereits oben bemerkt ist *), so geht das Urtheil über die Competenz in die Sache selbst ein, und es konnte daher in diesem Falle nicht bloß von einem Verweisungs-Bescheide die Rede sein, sondern es mußte die Abgabe eines förmlichen Urtheiles über die Competenz vorgeschrieben werden, gegen welches eben sowohl in diesem, wie in dem §. 84 erwähnten Falle den Betheiligten der Cassationsrecurs offen steht. Wird ein derartiges Urtheil nicht im Wege der Cassation angefochten, so hat der Staatsanwalt nach den im vierten Theile enthaltenen Bestimmungen weiter zu handeln und es bedarf kaum der Bemerkung, daß zunächst in diesem Falle das Verfahren wegen Versetzung in den Anklagestand durchzuführen ist **).

§. 95.

Während als Vorbedingung für das Hauptverfahren vor den Kreisgerichten im wesentlichen nur die Anklage gilt, fordert das Gesetz in den vor den Criminalsenat des Obergerichts gehörigen Fällen außerdem ein Erkenntniß auf Versetzung des Angeeschuldigten in den Anklagestand. Diese Vorschrift hängt eines Theils mit der Bestimmung

*) Zu §§. 82—84.

*) Vgl. §. 95.

des §. 33 zusammen, wonach in diesen Sachen eine Voruntersuchung stattfinden muß, so daß mithin in jedem Falle ein Material vorliegt, über welches eine Vorentscheidung abgegeben werden kann; anderen Theils zielt sie darauf ab, den Angeschuldigten in den schwereren und wichtigeren Fällen so viel als möglich vor einer unbegründeten Untersuchung sicher zu stellen, und um diesen Zweck zu erreichen, wird einem besonderen Senate des Obergerichts, welcher sich mit der Aburtheilung der Sache selbst nicht zu befassen hat, jene Vorentscheidung in die Hand gegeben.

Die Erkenntnisse auf Versetzung in den Anklagestand gehören unter die Erkenntnisse im Sinne des §. 157; sie entscheiden definitiv über die Voruntersuchung und die Zulänglichkeit der gegen den Angeschuldigten sprechenden Verdachtsgründe (§. 98). Es findet daher gegen diese Erkenntnisse eben so wie gegen die Straferkenntnisse selbst die Cassation statt *). Daß im Uebrigen für die Form und den Inhalt der Anklage die in §. 83 enthaltenen Bestimmungen auch in den dem Criminalsenat überwiesenen Fällen gelten, bedarf kaum der Bemerkung.

§§. 97. 98.

Während die Anträge des Oberstaatsanwaltes, wie sich dies aus den in §. 45 enthaltenen Bestimmungen, namentlich aber daraus ergibt, daß der Staatsanwaltschaft ein selbstständiges Urtheil über die Einstellung einer Untersuchung in die Hand gegeben ist, daß es ferner zunächst von deren Ermessen abhängt, ob sie die Competenz des einen oder des andern Gerichts für begründet halten, und daß endlich die Staatsanwälte in diesen Beziehungen von den Weisungen des Oberstaatsanwaltes abhängig sind, nur auf die in §. 97 hervorgehobenen Punkte hinausgehen können, wird man den Beschluß des Anklagesenates, als eines in seinem Urtheile selbstständigen und unabhängigen Gerichts-

*) Eben so nach franz. Rechte. Vgl. Lippert a. a. D. S. 43.

hofes nicht von den Anträgen des Ersten abhängig machen dürfen, vielmehr wird man dem Anklagesenate ein durchaus unbeschränktes Urtheil zugestehen müssen.

Die Vorbedingungen für die Versetzung in den Anklagestand anlangend, so hat das desfallsige Erkenntniß nicht den Zweck, vorläufig sich über die Schuld des Angeklagten auszusprechen, sondern lediglich den, die Nothwendigkeit oder Zulässigkeit des Hauptverfahrens rechtsgiltig festzustellen und es wird demgemäß die Fassung des vierten Absatzes dieses §. angemessener erscheinen, als die des Entwurfes, wonach als Vorbedingung für dieses Erkenntniß Beweise oder starke Anzeigen gegen den Angeklagten gefordert wurden.

In voller Uebereinstimmung mit dem Zwecke, welchen das Erkenntniß auf Versetzung in den Anklagestand erfüllen soll, steht übrigens auch die in dem Schlusssatz dieses §. enthaltene Bestimmung, wonach die Anklagekammer nicht darüber zu entscheiden hat, ob Gründe vorliegen, welche im besonderen Falle die Strafbarkeit einer an sich mit Strafe bedrohten Handlung ausschließen, indem jedes Erkenntniß, welches sich hierüber aussprechen soll, nothwendig in die Materie selbst, in ein Abwägen über Schuld und Strafbarkeit, eingehen muß, und man einen Bruch in das ganze System bringen würde, wenn man derartige Entscheidungen nicht dem zum Urtheile über die Sache selbst berufenen Gerichtshofe vorbehalten wollte.

§. 99.

Sobald von dem Anklagesenate ein Erkenntniß auf Versetzung in den Anklagestand abgegeben ist, würde es nur zu einer Herabsetzung des Ansehens der Gerichte wie der Strafgesetze selbst führen können, wenn man dem Ermessen der Staatsanwaltschaft in Bezug auf die Einsetzung des Hauptverfahrens noch irgend einen Spielraum gestatten wollte. Die Vorschrift im zweiten Absätze dieses §. erscheint mithin zunächst von diesem Gesichtspunkte aus

betrachtet, nothwendig; aber auch das Interesse des Angeklagten selbst erheischt dieselbe, indem diesem daran liegen muß, Gelegenheit zu haben, sich von dem Verdachte, den das Anklageerkenntniß auf ihn wälzt, durch das Hauptverfahren zu reinigen.

§. 101.

Die Bestimmungen im ersten Absätze dieses §., soweit sie die, in den vor den Criminalsenat des Obergerichts gehörigen Fällen nothwendige Vernehmung des Angeklagten durch den Director oder ein anderes Mitglied der Kreisgerichte betreffen, hängen mit der in §. 120 vorgeschriebenen Einrichtung zusammen. Die Vorschrift dagegen, daß dem Angeklagten bei dieser Vernehmung zugleich die künftigen Richter zu bezeichnen sind, bezweckt die Vermeidung von Verlegenheiten, welche durch verspätete Absehnungen der Letzten leicht entstehen könnten. Die Schlussbestimmung des §. endlich erscheint jedenfalls zweckmäßig, weil sie, ohne den Rechten des Angeklagten zu nahe zu treten, die Möglichkeit abschneidet, daß erst nach beendigtem Hauptverfahren Nichtigkeiten der Voruntersuchung geltend gemacht werden, hierin aber offenbar schon deshalb ein ernstlicher Uebelstand liegen würde, weil man sehr häufig in die Lage kommen könnte, ein kostspieliges Hauptverfahren ohne allen Nutzen auf das Ungewisse hin durchzuführen.

§. 105.

Während viele Gesetzgebungen unbedingt in allen vor die Geschwornengerichte gehörigen Fällen die Verhaftung des Angeklagten vorschreiben, weicht die Proceßordnung von dieser Maxime ab, wenn sie nach §. 99 die Anordnung der Verhaftung in das Ermessen des Anklagesenates gestellt und überhaupt, mit Rücksicht auf die bisher im Herzogthume befolgte, sehr humane Praxis die Nothwendigkeit der Verhaftung in diesen Fällen nicht ausgesprochen hat. Bei der Wichtigkeit der dem Criminalsenate überwiesenen

Sachen erscheint aber die Anwesenheit des Angeklagten im Hauptverfahren dringend wünschenswerth, und um die Inconvenienzen zu vermeiden, welche möglicher Weise mit dem Ausbleiben des Angeklagten aus der Hauptverhandlung verbunden sein könnten, hielt man, da man sich nicht für die Maßregel entscheiden mochte, den Angeklagten in den fraglichen Fällen auch nur kurz vor dem öffentlichen Verfahren verhaften zu lassen, die Bestimmungen dieses §. für ausreichend.

§. 107.

Die Maximen über die Aufstellung der Urlisten der Geschwornen und die Grundsätze, nach welchen die Fähigkeit zum Amte eines Geschwornen zu beurtheilen ist, sind in den verschiedenen Gesezgebungen, welche das Institut der Geschwornengerichte kennen, sehr verschieden; nach alten Erfahrungen und nach dem Zwecke des Instituts dürfte indeß soviel feststehen, daß an ein durchgreifendes, allseitig befriedigendes Princip in dieser Beziehung nicht zu denken ist.

Der Beruf der Geschwornen ist ein viel zu ernster, als daß man mit Hintansehung aller anderer Rücksichten nur die politische Seite des Instituts der Schwurgerichte festhalten und so weit gehen dürfte, jedem im Genuße der allgemeinen politischen Rechte befindlichen Staatsbürger die Fähigkeit zum Amte eines Geschwornen zuzuerkennen. Es gehört hierzu bei weitem mehr, als die politische Rechtsfähigkeit allein; es gehört dazu nicht bloß der gute Willen, nach gewissenhafter, innerster Ueberzeugung zu urtheilen, sondern ein höherer Grad von Bildung, der den Geschwornen befähigt, dem Laufe der oft verwickelten Verhandlungen zu folgen, und sich ein selbstständiges Urtheil zu bilden; es gehört dazu ein gewisser Grad von Unabhängigkeit, der den Geschwornen vor zufälligen äußeren Einwirkungen schützt, und ein noch höherer Grad von Charakterfestigkeit, der den Geschwornen bei der Abgabe seines

Spruchs jede Nebenrücksicht aus den Augen setzen läßt. Hiernach wird aber zunächst soviel einleuchten, daß man nicht jeden unbescholtenen, volljährigen und im Genuße der politischen Rechte stehenden Staatsbürger für fähig zum Amte eines Geschwornen erklären darf, und in der That giebt es auch keinen Staat, der nicht diese Fähigkeit an mehr oder weniger beschränkende Voraussetzungen gebunden hätte.

In den meisten Ländern, und so auch in England und Nordamerika, hat man sich bei der Bildung der Urlisten vorzugsweise und zunächst an einen festen Census gehalten, und diese Maxime hat auch die Proceßordnung befolgt, da sie sich im Allgemeinen bewährt gezeigt hat. Bei einem verhältnißmäßig hohen Census wird man indeß die erforderliche Anzahl von Geschwornen nicht erlangen, und eben so läßt es sich nicht bestreiten, daß man in den Höchstbesteuerten nicht jedesmal die intelligenteren Staatsbürger findet. Man wird daher, wie man dies auch in anderen Ländern gethan hat, einen Schritt weiter gehen und in die Urlisten der Geschwornen ohne Rücksicht auf einen Census auch diejenigen Personen aufnehmen müssen, bei denen man nach ihrer Ausbildung und Stellung im bürgerlichen Leben mit Grund eine höhere Intelligenz voraussetzen darf.

Daß man auch bei diesen Grundsätzen nicht alle Unzulänglichkeiten vermeidet, läßt sich allerdings nicht verkennen; das Gleiche wird aber bei allen anderen Maximen der Fall sein, selbst wenn man die in England und Nordamerika bestehende Einrichtung, welche in neuerer Zeit im Großherzogthume Baden Eingang gefunden hat *), anempfehlen wollte. Nach dieser Einrichtung werden alle, einen gewissen Steuerfuß zahlenden Staatsbürger, welche sich im Vollgenusse der politischen Rechte befinden, in die Urlisten

*) Entwurf eines Gesetzes die Geschwornengerichte betr. (vom 14. Oct. 1848), §§. 7 ff.

der Geschwornen aufgenommen, diese Urlisten aber von einem höheren Communalorgane *) einer Revision und Reduction unterzogen, bei welcher alle Personen, die ihrem Rufe oder ihren Geistesfähigkeiten nach sich zu dem Amte eines Geschwornen nicht zu eignen scheinen, aus den Urlisten wieder entfernt werden, so daß man auf diesem Wege, wie es den Anschein hat, gerade die zum Geschwornenamte tauglichsten Individuen erhält. Abgesehen indeß von allen anderen Anstellungen, welche man gegen dieses Verfahren machen kann, so läßt es sich nicht verkennen, daß dasselbe zunächst eine sehr genaue Befannntschaft der Gemeindebehörden mit den einzelnen Mitgliedern der Gemeinden und eine solche Selbstständigkeit und Unzugänglichkeit jener Behörden allen heirrenden Einflüssen gegenüber voraussetzt, welche man nur in einem Staate finden wird, in welchem das Gemeindeglied in seiner höchsten Blüthe steht und wo der politische Sinn der Staatsangehörigen mehr ausgebildet ist, als es bei uns unverkennbar der Fall ist. Auf der anderen Seite läßt es sich aber nicht bestreiten, daß man mit jener Reduction der Urlisten der Geschwornen eben nur dasselbe zu erreichen suchen kann, was man nach den vorliegenden Bestimmungen in demselben Maße erreichen wird, daß ferner bei dem in England und Nordamerika üblichen Verfahren die Berechtigung der Staatsbürger zum Amte der Geschwornen keine unbeschränkte, im wahren Sinne des Wortes, sondern ebenfalls eine beschränkte ist, und daß es, wenn einmal in dieser Beziehung gewisse Grenzen gezogen werden müssen, richtiger sein dürfte, solche von vorn herein gesetzlich festzustellen, als sie der discretionären Gewalt irgend einer Behörde zu überlassen.

Bei den Verhandlungen über diesen Gegenstand **)

*) In England und Nordamerika von dem Sheriff, in Baden von dem Bezirksausschuß.

**) Bgl. Prot. vom 6. Juli 1849 (47. St.).

wurden die Maximen der Proceßordnung von verschiedenen Seiten her angegriffen, namentlich wurde der Vorschlag gemacht, die Geschwornen nach einem näher festzustellenden Procentlage von den einzelnen Gemeinden frei wählen zu lassen. Gegen diese Einrichtung, welche allerdings in der neuesten Zeit in einzelnen deutschen Staaten *) functionirt ist, und welche sich auf den ersten Blick vielleicht empfehlen zu lassen scheint, hob man jedoch mit Recht hervor, daß man bei einem Institute, welches mit der ganzen Strafrechtspflege in einem so engen Zusammenhange stehe, die politische Seite desselben nicht allein in den Vordergrund stellen dürfe, daß man vielmehr vor allen Dingen darauf Bedacht nehmen müsse, den Einfluß politischer Parteistellungen auf die Strafrechtspflege so viel als möglich abzuschneiden, indem ohne das dem Institute der Geschwornengerichte schwerlich das allgemeine Vertrauen zugewendet werden würde.

Die Bedenken, welche man gegen die Maximen der Proceßordnung hervorhob, und welche vorzugsweise darauf hinausliefen, daß man danach dem blinden Zufalle einen zu großen Spielraum zugestehen, ohne die Gewähr zu erlangen, daß man wirklich die tauglichsten Persönlichkeiten treffen werde, ließen sich, abgesehen von den eben angeführten Gegengründen, in einem viel höheren, wenigstens aber eben so hohem Maße dem vorhin ange deuteten Vorschlage entgegenstellen, da, wie die Erfahrung lehrt, bei politischen Parteistellungen regelmäßig eine einseitige Richtung verfolgt und mehr auf das politische Glaubensbekenntniß des Wahlcandidaten, als auf dessen geistige Ausbildung gesehen zu werden pflegt. Jene Bedenken würden eher begründet gewesen sein, wenn man die Geschwornen lediglich aus den f. g. Höchsthbesteuerten hätte nehmen wollen; da man sich

*) B. B. in der freien Stadt Frankfurt und, wenn sich der Herausgeber nicht irrt, auch in Dessau.

indes dafür entschieden hat, neben den Höchstbesteuerten gewisse Capacitäten und unter diesen auch solche Personen als Geschworne zuzulassen, welche das Vertrauen ihrer Mitbürger zu Ehrenämtern in der Gemeinde berufen hat, so hat man ohne Zweifel allen billigen Anforderungen Rechnung getragen, indem man durch die Bestimmungen unter Nr. 4 selbst die politische Seite des Instituts berücksichtigt hat.

Andere Bedenken, welche gegen die Bestimmungen dieses §. erhoben wurden, betrafen nicht sowohl die Grundsätze über die Bildung der Urlisten, sondern den Mangel besonderer Bestimmungen über die Qualifikationen der einzelnen, für einen besondern Fall zuzuziehenden Geschwornen, und stellten es namentlich in Frage, ob Jemand, der an sich auf die Urlisten der Geschwornen zu stellen sein würde, das Amt eines solchen verrichten dürfe, wenn er nicht schreiben oder Geschriebenes nicht lesen könne. Man durfte indes über diese Bedenken um so eher hinweggehen, da man es als sich von selbst verstehend ansah, daß ein Geschwornener die Fähigkeit, zu schreiben und Geschriebenes zu lesen, besitzen, und daß derselbe, wenn ihm diese Fähigkeit nicht eigen sein sollte, durch einen Ergänzungs geschwornen ersetzt werden müsse. Die Betheiligten haben denn auch nach den weiter unter folgenden Bestimmungen der Proceßordnung *) Gelegenheit, vor der Wahl der Geschwornen Einwendungen gegen die Tauglichkeit derselben geltend zu machen, und es bedurfte deshalb in dieser Beziehung um so weniger besonderer Vorschriften.

§. 115.

Nach der Bestimmung, daß die Verrichtung des Amtes eines Geschwornen als Befreiungsgrund für das laufende Jahr gelten solle, kann allerdings der Fall eintreten, daß dieser Befreiungsgrund nur für wenige Monate wirkt; abgesehen indes davon, daß dieser Fall immer nur zu den

*) Vgl. §. 124.

Seltenheiten gehören wird, so würde jede andere Bestimmung zu Unsicherheiten führen, namentlich würde dies der Fall sein, wenn man die Verrichtung des Amtes eines Geschwornen, wie dies vorgeschlagen wurde, als Befreiungsgrund für eine bestimmte Anzahl von Sitzungen hätte gelten lassen wollen, indem es sich ohne Schwierigkeit wohl übersehen läßt, ob Jemand im laufenden Jahre als Geschwornener fungirt hat, nicht aber, in welcher besondern Sitzung dies der Fall gewesen ist.

Daß übrigens nach den Bestimmungen dieses §. auch die Verrichtung des Dienstes eines Ersatzgeschwornen (§. 124) als Befreiungsgrund gilt, bedarf kaum der Bemerkung; eben so versteht es sich von selbst, daß Entschuldigungsgründe, welche für den Fragefall von der Verrichtung des Amtes eines Geschwornen befreien, nur aus den speciell in diesem §. hervorgehobenen Thatfachen entnommen werden dürfen.

§§. 120—122.

Die Bestimmungen dieser §§. sind schon in den Erörterungen über die Gerichtsverfassung *) berührt, und es bedarf deshalb hier nur noch einiger Worte über den Inhalt der §§. 121 und 122.

Das Obergericht hat jedesmal zwei Mitglieder aus seinem Schoße zu den Schwurgerichtssitzungen zu deputiren, und diese Maßregel erscheint notwendig, wenn man zu einer Gleichförmigkeit der Strafanwendung in den den Schwurgerichten überwiesenen Sachen gelangen will. Als dritter Richter soll den beiden Mitgliedern des Criminalsenats derjenige Kreisrichter beigelegt werden, welcher die in §. 101 vorgeschriebene Vernehmung des Angeklagten geleitet hat, und diese Bestimmung erscheint, wenn nicht notwendig, doch jedenfalls zweckmäßig, weil dieser Richter

*) Zu §§. 6. 7. 8 unter No. 2 (S. 14 ff.).

durch die Vernehmung des Angeklagten schon in die Sache selbst eingeführt wird. Eben so zweckmäßig erscheint aber aus nahe liegenden Gründen die Vorschrift im 2. Absage des §. 121, da sie darauf berechnet ist, Unterbrechungen der Gerichtssitzung, welche durch plötzliche Behinderung eines Richters herbeigeführt werden könnten, abzuschneiden und für verwickelte Fälle eine Einrichtung zu treffen, wonach im Falle der Nothwendigkeit der Zuziehung eines Ersazrichters nicht die ganzen Verhandlungen wieder von vorn begonnen werden müssen. Daß im Uebrigen die Zuziehung eines Ersazrichters nicht unbedingt für alle Fälle vorgeschrieben ist, hat darin seinen Grund, daß diese sich in vielen Fällen als unnöthig herausstellen, und daß es sich namentlich in Betracht der Besetzung der meisten Kreisgerichte des Landes nicht rechtfertigen würde, ohne Noth Urtheilsstrafe zu verwenden, welche auf einer andern Seite wieder entbehrt werden würden.

§§. 124. 125.

Mit den Bestimmungen des 1. Absatzes des §. 124 steht der Schlusssatz des §. 113 in einem gewissen Zusammenhange, und zwar insofern, als die Mittheilung der Geschwornenlisten an den Angeklagten eben den Zweck hat, den Letzten in den Stand zu setzen, an dem Gerichtstage selbst seine Einwendungen gegen die Zulässigkeit einzelner Geschwornener zu begründen und etwa erforderliche Aenderungen der Geschwornenlisten zu bewirken *).

Die Proceßordnung hat sich hiernach dem englischen

*) Daß in §. 113 auch die Mittheilung der Liste der Ersazgeschwornen an den Angeklagten ausdrücklich vorgeschrieben ist, muß consequent erscheinen, und schwerlich verdient die Praxis der französischen Gerichte Billigung, welche die Mittheilung dieser Liste, nach dem Zeugnisse von Mittermaier (Deutsch. Strafverf. Bd. 2. S. 191), für überflüssig hält.

Gerichtsgebrauche angeschlossen, wonach aus besondern Gründen die Recusation einzelner Geschwornen vor der Bildung der Specialliste neben den peremptorischen Recusationen zulässig ist *), und diese Maxime verdient ohne Zweifel vor der Einrichtung den Vorzug, welche den Angeklagten lediglich auf die letzte Art der Ablehnungen beschränkt. Eben so zweckmäßig stellt sich aber die Bestimmung heraus, daß sich zunächst der Staatsanwalt über die Ablehnung der Geschwornen auszusprechen hat, da es sich nur auf diese Weise erreichen läßt, daß nicht gerade der Letzte eben diejenigen Personen ablehnt, zu denen der Angeklagte ein besonderes Vertrauen hat.

Wenn im Uebrigen die Zuziehung von Ersazgeschwornen in das Ermessen des Präsidenten des Gerichtshofes gestellt wird, so hat dies seinen Grund darin, daß diese Maßregel nicht in allen, sondern vorzugsweise nur bei verwickelten Fällen und für länger dauernde Verhandlungen nothwendig sein wird, und wenn endlich im Schlusssatz des §. 125 für den Fall, daß in einer Sitzung mehrere Strafsachen abzuurtheilen sind, die vorgängige Bildung der Geschwornenlisten für alle Sachen vorgeschrieben wird, so ist hier die Rücksicht maßgebend gewesen, daß man nicht ohne Noth sämmtliche 52 Geschworne für die Dauer sämmtlicher Verhandlungen an dem Sitze des Gerichtshofes zum Nachtheile für ihre eigenen Geschäfte hat festhalten wollen. Diese Rücksicht hatte man aber um so mehr zu nehmen, da nach den Bestimmungen der Gebührentaxe für die Geschwornen keinerlei Gebühren oder Entschädigungen für Reisen zu den Gerichtssitzungen und für Zeitverlust ausgeworfen sind.

§. 128.

Der Eid der Geschwornen war in dem Entwurfe anders normirt, als dies im vorliegenden §. geschehen ist; man zog die gegenwärtige Fassung vor, weil sie mehr mit

*) Bgl. Mittermaier Deutsch. Strafverf. Bd. 1. S. 123.

dem Grundsatz der Einheitsigkeit, welchen §. 142 in Bezug auf die Wahrprüche der Geschwornen sanctionirt hat, im Einklange zu stehen schien.

Der Geschworne soll nach freier, gewissenhafter Ueberzeugung urtheilen; diese Ueberzeugung selbst aber muß bis zu dem letzten Augenblicke, wo die Gesamtheit der Geschwornen ihre Beratungen schließt und einen Spruch fällt, frei und unvoreingenommen bleiben. Sie muß sich ferner durch die gemeinsame Berathung der Geschwornen erst bilden, läutern oder feststellen, und es ist, wenn man einmal den in §. 142 aufgestellten Grundsatz gelten läßt, unerlässlich, die Eidesformel so zu fassen, daß sie selbst der ängstlichsten Gewissenhaftigkeit des einzelnen Geschwornen, der sich vielleicht während der Verhandlungen eine Ueberzeugung gebildet hat, welche mit den in den gemeinsamen Beratungen zu Tag kommenden Ansichten der übrigen Geschwornen nicht im Einklange steht, keinen Zwang auferlegt. Dieses könnte aber sehr leicht der Fall sein, wenn der Eid der Geschwornen selbst nicht schon darauf hinwies, daß die endgültige Ueberzeugung derselben vorzugsweise aus der gemeinsamen Berathung hervorgehen müsse, und hierin hat es seinen Grund, wenn die vorliegende Eidesformel darauf hinausgeht, daß die Geschwornen »einen gemeinsamen Spruch« nach freier und gewissenhafter Ueberzeugung fällen sollen *).

*) Die einzelnen Proceßordnungen weichen in der Fassung des Geschworneneides sehr von einander ab; vgl. i. B. Lippert a. a. O. S. 127. §. 77. Kurhess. Entw. Art. 296 und Art. 320; — bei den meisten muß man jedoch berücksichtigen, daß sie den Grundsatz der Einheitsigkeit nicht adoptirt haben und daß dieser Grundsatz jedenfalls Schwierigkeiten veranlaßt. Der oben angeführte Leue'sche Entwurf hat zwar auch das Princip der Einheitsigkeit vorgeschlagen, jedoch hierauf, wie es scheint, bei der Feststellung des Geschworneneides (Art. 98), der sich sonst

§. 131.

Die Bestimmungen dieses §. sind eine consequente Folge der Maximen, nach welchen das Vorverfahren im Verhältnisse zur Hauptverhandlung geregelt werden soll, und schon oben ist darauf hingedeutet, daß namentlich die Aussagen der Auskunftspersonen so viel als möglich in die Hauptverhandlung verwiesen werden müssen, weil ohne das in den meisten Fällen diese Verhandlung so wenig dem Richter, wie den Geschwornen ein lebendiges Bild des in Frage stehenden Falles vor die Augen führt.

§. 134.

Ueber Einwendungen, welche die Glaubwürdigkeit der Auskunftspersonen betreffen, können nicht eben so, wie über die Einwendungen, welche die Zulässigkeit derselben in Frage stellen, die drei Richter, sondern, da das Urtheil über die Thatfrage selbst dadurch bedingt wird, lediglich die Geschwornen entscheiden.

§. 138.

Bei der Berathung dieses §. kam es in Frage, ob man dem Präsidenten des Gerichtshofes nicht die Befugniß in die Hand geben solle, am Schlusse des ganzen Verfahrens eine gedrängte Uebersicht über die Hauptverhandlung zu geben; man entschied sich indeß für das Gegentheil, und zwar vorzugsweise deshalb, weil es auf der einen Seite nicht zu bestreiten ist, daß eine derartige Uebersicht, selbst wenn sie der unbefangenste Richter giebt, in jedem Falle mehr oder weniger das Gepräge der Einseitigkeit an sich tragen muß, daß sie namentlich dem Angeklagten sehr leicht nachtheilig werden kann, und daß dieser keine Gelegenheit

durch eine bündige Kürze allerdings auszeichnet, nicht ganz die gebührende Rücksicht genommen, namentlich insofern, als der Eid die Geschwornen zu einem wahren und gerechten Spruche verpflichtet, ohne die individuelle Ueberzeugung derselben in den Vordergrund zu stellen.

mehr hat, nach dem Resümee sich gegen nachtheilige Einflüsse desselben auf die Geschwornen zu decken, während auf der andern Seite, wenn die Geschwornen im voraus wissen, daß am Schluß des Verfahrens eine übersichtliche Darstellung der ganzen Verhandlungen erfolgen wird, die Gefahr sehr nahe liegt, daß jene dem Laufe der Verhandlungen nicht mit der erforderlichen gespannten Aufmerksamkeit folgen, sondern sich mehr oder weniger auf die Schlußdarstellung des Präsidenten verlassen *).

§. 140.

Obgleich es eine sehr verbreitete Ansicht ist, die Geschwornen hätten die thatsächlichen, die Richter die rechtlichen Elemente eines Falles zu beurtheilen und festzustellen, so läßt sich doch bei näherer Betrachtung die völlige Unhaltbarkeit jener Ansicht nicht verkennen. Allerdings ist es richtig, daß den Geschwornen das Urtheil über den Thatbestand, den Richtern das Urtheil über die zu erkennende Strafe gebührt, indeß concurriren bei ersterem, dem Urtheile über den Thatbestand, zwei verschiedene geistige Thätigkeiten. Ist z. B. ein Mensch getödtet, so kommt es nicht allein darauf an, festzustellen, daß diese Tödtung durch einen andern Menschen wirklich verursacht, daß der Thäter zurechnungsfähig gewesen sei, sondern es fragt sich ferner, ob die That mit Vorbedacht und Ueberlegung, oder wenn auch absichtlich, jedoch nur in leidenschaftlicher Aufwallung begangen oder durch Fahrlässigkeit veranlaßt wurde, oder ob endlich auch nicht einmal von Fahrlässigkeit die Rede sein könne. Von der Beantwortung dieser Fragen hängt es ab, ob der Angeklagte eines Mordes, eines Tödtungs-

einer unvorsächlichen Tödtung schuldig oder von jeder verbrecherischen Thätigkeit freizusprechen sei.

In dem allgemeinen Urtheile, daß Jemand dieses oder jenes Verbrechens schuldig sei, liegt also einerseits die Erklärung, daß der Urtheilende von der Richtigkeit der einzelnen factischen Voraussetzungen überzeugt sei, andererseits der Anspruch, er habe diese einzelnen Bestandtheile zu einem Ganzen verbunden, das Ganze mit dem gesetzlichen oder herkömmlichen Begriffe des fraglichen Verbrechens verglichen und dasselbe damit übereinstimmend oder davon abweichend befunden.

In der Regel ist dieser letztere Act, wodurch die einzelnen Theile des Thatbestandes mit den Rechtsbegriffen verglichen, also der Thatbestand rechtlich gewürdigt wird und seine juristische Qualifikation bekommt, sehr einfacher Natur, weil, sobald das eigentlich Thatsächliche feststeht, in den meisten Fällen kein Zweifel darüber obwaltet, ob und welches Vergehen darin enthalten sei. Indes kommen doch auch häufig genug Fälle vor, in denen sich diese Sache anders verhält und wo gerade die juristische Würdigung des Thatsächlichen Zweifel veranlaßt. Es ist unbestritten, daß die Beseitigung dieser Zweifel zunächst den Geschwornen obliegt, indem sie dazu berufen sind, durch ihren, als Stimme des Vaterlandes geltenden Spruch zu entscheiden, ob das angeschuldigte Verbrechen im concreten Falle zu erblicken stehe oder nicht. Ganz mit Recht schreibt daher dieser §. vor, daß die den Geschwornen vorzulegende Frage allgemein lauten und dahin gehen solle:

Ob der Angeklagte schuldig sei?

Außer es kann dies doch nur das regelmäßige Verfahren bezeichnen. Denn wenn die Geschwornen über die Einzelheiten des Thatbestandes einig sind, jedoch über die rechtliche Würdigung unter ihnen Bedenken und verschiedene Ansichten entstehen, so ist es angemessen und nothwendig, auf ein geeignetes Auskunftsmittel Bedacht zu nehmen.

*) Vgl. Wittermaier über die Stellung des Assisenpräsid. S. 30 ff. Die meisten der neueren Strafproceßordnungen folgen in dieser Beziehung dem französischen Rechte, z. B. Kurhess. C. §§. 315, 316; Sächs. C. Art. 33; Weimarsch. C. Art. 29.

Das Beispiel Englands kann hier zum Anhaltspunkte dienen. Auch in England wird den Geschwornen regelmäßig die allgemeine Frage gestellt, ob der Angeklagte eines bestimmten Vergehens schuldig sei oder nicht, und wenn die Antwort unmittelbar bejahend oder verneinend, also schuldig oder unschuldig lautet, so ist das ein sogenannter genereller Wahrpruch (general verdict). Es dürfen aber auch die Geschwornen daselbst die thatsächlichen Momente, von deren Richtigkeit sie sich überzeugt haben, im Einzelnen angeben und deren rechtliche Würdigung und Qualification dem Richter überlassen, also einen speciellen Wahrpruch (special verdict) abgeben. Die Proceßordnung hat sich, wie schon erwähnt, dafür entschieden, daß, wie dies in England und Nordamerika der Fall ist, der Wahrpruch der Geschwornen ein einstimmiger sein müsse, und dies wird er bei einigem guten Willen leicht und bald werden, so oft es sich um die Wahrheit einzelner thatsächlicher Momente und um Subsumtion des Thatbestandes unter den Rechtsbegriff bei einzelnen Fällen handelt. Wo aber die rechtliche Qualification verwickelter wird, wo sie mehr oder weniger wahrhaft juristische Kenntnisse voraussetzt, da würde es unter Umständen zu viel verlangt sein, von den Geschwornen einen einstimmigen Spruch zu fordern. Hierin findet die Bestimmung des 3. Absatzes dieses §. ihre Rechtfertigung; sie ist unerlässlich, wenn man nicht Gefahr laufen will, gerade in verwickelten Fällen die Geschwornen zu verkehrten Wahrprüchen zu bringen.

Wie schon vorhin bemerkt wurde, gebührt die Feststellung der Strafe und des Strafmaßes dem Richter. Es wird keiner Erörterung bedürfen, daß in dieser Beziehung die Bestimmungen des Criminalgesetzbuches entscheidend sind und daß die Vorschriften des Criminalprocesses damit in Einklang gebracht werden müssen.

Das Criminalgesetzbuch des Herzogthums hat, was immer als ein Vorzug anerkannt ist, in den wenigsten Fäl-

len absolut bestimmte Strafen angedroht, vielmehr sind fast immer Freiheitsstrafen mit Minimal- und Maximalstrafen festgesetzt, und es ist auf diesem Wege für den richterlichen Spruch ein freier Raum innerhalb bestimmter Grenzen gewonnen.

Der Titel 7 des Criminalgesetzbuchs enthält die Bestimmungen, welche den Richter bei der Strafzumessung innerhalb des gesetzlich festgesetzten Strafmaßes leiten sollen; es werden einzelne Erschwerungs- und Minderungsgründe aufgeführt, jedoch ist damit kein Anspruch auf eine erschöpfende Aufzählung gemacht, vielmehr stellen sich dieselben nur als einzelne Beispiele für die in §. 63 des Criminalgesetzbuchs ausgesprochene allgemeine Maxime dar.

Wollte man nun den Geschwornen, wie dies im Entwurfe vorgeschlagen war, die Frage vorlegen: ob Erschwerungs- oder Minderungsgründe vorhanden seien, so könnte dies in zweifacher Weise verstanden werden. Einmal ließe sich denken, daß die Geschwornen sich nur allgemein der allgemeinen Fassung der Frage gemäß äußern sollten, sodann daß der Richter gehalten sei, ihnen Fragen über das Vorhandensein einzelner bestimmter Erschwerungs- und Minderungsgründe (§§. 64 — 66 des Criminalgesetzbuchs) vorzulegen.

Im ersten Falle hätte man sich die Sache so zu denken: Es sei die gesetzlich angedrohte Strafe 1 bis 3 Jahr Freiheitsstrafe. Die Mitte der Scala wäre also 2 Jahr, und auf diesem Punkte müßte der Richter stehen bleiben, wenn keine Erschwerungs- oder Minderungsgründe vorhanden sein oder diese sich die Waage halten sollten. Sprächen sich also die Geschwornen für das Dasein von Erschwerungsgründen aus, so müßte der Richter über 2 Jahr; sprächen sie sich für das Dasein von Minderungsgründen aus, unter 2 Jahr erkennen. Es leuchtet wohl ein, daß in dieser Weise die Sache nicht gemeint sein kann, weil man dadurch die richterliche Thätigkeit zu einer völlig

totden Mechanik herabwürdigte und die Anwendung des Strafgesetzes, namentlich die Strafzumessung, die überall dem Richter gebührt, in die Hände der Geschwornen legte.

Im zweiten Falle, wenn man den Geschwornen Fragen über das Vorhandensein einzelner bestimmter Erschwerungs- und Minderungsgründe vorlegte, geriethen man in nicht mindere Schwierigkeiten. Die Strafzumessungsgründe betreffen nicht das Wesen der Sache, sie berühren nicht die Strafbarkeit der That und des Thäters, sondern sie erscheinen als die begleitenden Umstände des einzelnen Falles, insofern diese das richterliche Urtheil bei der Feststellung des Strafgrades bestimmen. Es liegt daher in der Natur der Sache und wird auch in §. 63 des Criminalgesetzbuchs als allgemeiner Grundsatz vorgeschrieben, daß der Richter unter sorgfältiger Berücksichtigung der besondern Umstände jedes einzelnen Falles die Strafe zuzumessen habe. Der Richter wird daher die erwähnten begleitenden Umstände des concreten Falles sich in einer Gesamtanschauung vor das Bewußtsein zu bringen und dem Totaleindrucke entsprechend den Grad der Strafe zu bestimmen haben. Daraus folgt, daß für diese Operation die Einwirkung der Geschwornen sich als sehr überflüssig, wenn nicht schädlich, herausstellt, indem gar nicht zu bestimmen ist, welchen Einfluß ein einzelner Erschwerungs- oder Minderungsgrund in der unendlichen Reihe der Strafzumessungsgründe auf den Grad der Strafe ausüben soll. Dazu kommt, daß die in dem Criminalgesetzbuche §§. 64 — 66 aufgeführten Erschwerungs- und Minderungsgründe in einer Weise gefaßt sind, welche die Beantwortung einer darauf gerichteten Frage mit Ja oder Nein geradezu ausschließt.

Es blieb hiernach weiter nichts übrig, als die Geschwornen von der Beurtheilung der Strafzumessungsgründe (Titel 7 des Criminalgesetzbuchs) völlig auszuschließen und folgerweise den Vorschlag des Entwurfs, wonach die Geschwornen in zweiter Linie die Frage beantworten sollten,

ob Erschwerungs- oder Minderungsgründe vorliegen, fallen zu lassen.

Statt dessen erschien aber zur Verhütung eines jeden Zweifels die Aufnahme einer andern Bestimmung angemessen. Im Titel 6 des Criminalgesetzbuchs (§§. 55—61) sind nämlich besondere Gründe aufgeführt, welche den Richter ermächtigen, die auf die Uebertretung gesetzten Strafen in bestimmter Weise zu erhöhen oder herabzusetzen. Der Unterschied zwischen dieser Erhöhung oder Herabsetzung einerseits und der vorhin erwähnten Strafzumessung andererseits besteht darin, daß bei der Strafzumessung der Richter an die Schranken gebunden ist, welche das Gesetz für die regelmäßige Strafe gezogen hat, z. B. nicht unter 1 Jahr, aber auch nicht über 3 Jahr Freiheitsstrafe. Die Gründe der Erhöhung oder Herabsetzung gestatten dagegen dem Richter, diese regelmäßigen Schranken, jedoch auch wieder in einem bestimmten weiteren Umfange, zu überschreiten; sie unterscheiden sich daher wesentlich von den Erschwerungs- und Minderungsgründen, welche bei der Strafzumessung innerhalb der regelmäßigen Schranken in Betracht kommen.

Ob nun solche Gründe, welche eine Erhöhung oder Herabsetzung der Strafe über oder unter die regelmäßigen Schranken zur Folge haben, vorhanden sind oder nicht, muß als eine wesentliche Voraussetzung der Strafanwendung angesehen werden, und es ist daher nicht nur unbedenklich, sondern selbst nothwendig, das Urtheil hierüber den Geschwornen zu überlassen.

Entscheiden sie sich für das Darin eines oder mehrerer der in den §§. 55—61 des Criminal-G.-B. aufgeführten Erhöhungs- oder Herabsetzungsgründe, so bildet es dann wieder einen Gegenstand der richterlichen Thätigkeit, die gesetzliche Folge zu bestimmen, mit andern Worten, das Strafgesetz anzuwenden. Eben deshalb muß aber die Frage, ob der §. 62 des Criminalgesetzbuchs Anwendung finde, lediglich dem Richter anheimgegeben werden, indem dieser §. nicht darauf abzielt,

bestimmte Voraussetzungen für die Anwendung des Strafgesetzes festzustellen, sondern die Art und Weise der Anwendung selbst betrifft *).

§. 142.

Die Strafproceßordnung hat sich hier, wie in den meisten andern Beziehungen, die Gesetzgebung Englands zum Muster genommen und abweichend von allen ähnlichen Gesetzen, welche in neuerer Zeit in andern deutschen Staaten erschienen sind, für das Urtheil der Geschwornen Einheitlichkeit gefordert, diesen Grundsatz selbst aber auch, was oben bereits hervorgehoben ist (§. 92), auf die Kreisgerichte ausgedehnt.

Unter diesen Umständen werden einige künz Andeutungen über die Vorzüge des Princips der Einheitlichkeit nicht ganz überflüssig erscheinen, zumal die Frage, um welche es sich hier handelt, unstreitig von der höchsten Bedeutung für das Institut der Schwurgerichte und von dem wesentlichsten Einflusse auf das ganze System des Strafprocesses selbst, besonders in Bezug auf die Rechtsmittel gegen Strafserkenntnisse, ist.

Abgesehen davon, daß die Geschwornen ihrem Berufe

nach das Geständniß des Angeklagten erlegen sollen und demgemäß so zu sagen für den Angeklagten ein Geständniß über die Schuld oder Unschuld abzulegen haben, daß es mithin, von diesem an sich richtigen Gesichtspunkte betrachtet, eine unverkennbare Inconsequenz enthalten würde, wenn man sich, was bei jeder Abweichung von dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Fall sein würde, mit einem unvollständigen und in sich selbst widersprechenden Geständniß begnügen wollte; so kann es zunächst nicht zweifelhaft sein, daß in dem Grundsatz der Einheitlichkeit eine der stärksten Schutzwehren für die Unschuld auf der einen, der sicherste Anhaltspunkt für die allgemeine Ueberzeugung von der Schuld aber auf der andern Seite liegt. Der Grundsatz der Einstimmigkeit dient mithin auf der einen Seite eben sowohl zur Aufrechterhaltung und Erhöhung des Ansehens der Strafgesetze, als er auf der andern Seite unbegründeten und gehässigen Verfolgungen gegen Unschuldige von vorn herein einen starken, unübersteiglichen Damm entgegensetzt. Leidenschaft und Voreingenommenheit einzelner Geschwornen, welche namentlich leicht bei politischen Vergehen und in aufgeregten Zeiten zu fürchten sind, werden bei dem Grundsatz der Einheitlichkeit entweder gar nicht oder weniger schwer, als bei dem Grundsatz der Urtheilsfällung durch Stimmenmehrheit in die Waagschale fallen, indem bei jenem Principe ein einziger gerechter Geschwornen es in der Hand hat, durch seine Festigkeit die übrigen Geschwornen in die gesetzlichen Grenzen zurückzuführen, während bei diesem Principe die Gefahr nahe liegt, daß eine geringe Zahl durch Leidenschaft und Vorurtheile bestimmter Geschwornen die Mehrheit auf ihre Seite zu bringen weiß.

Das Princip der Einheitlichkeit hat aber bei seinen unverkennbaren allgemeinen Vorzügen noch einen besondern praktischen, der nicht hoch genug angeschlagen werden kann, nämlich den, daß es einen Austausch der Ansichten unter sämmtlichen Geschwornen zum Zwecke der Erreichung der

*) Die Bestimmungen über die Stellung der Fragen an die Geschwornen sind in den einzelnen neuern Proceßordnungen sehr verschieden; die Kurheff. P.O. (§. 318) will, daß die Fragen auch mit auf die Thatfachen gerichtet werden, welche die Erweichungs- oder Milderungsgründe betreffen, und schreibt deshalb über die Einzelheiten gesonderte Fragen vor; die Rheinhess. P.O., welche in dieser Beziehung sehr ausführlich zu Werke geht, hat ähnliche Bestimmungen und bestimmt nach dem Beispiele der französischen Gesetzgebung (Art. 169) im Falle einer Anklage gegen eine jugendlichen Verbrecher ausdrücklich, daß den Geschwornen die besondere Frage vorgelegt werden soll, ob der Verbrecher mit Unterscheidungsvermögen gehandelt hat. Ähnliche Bestimmungen schlägt der Neue Entwurf (Art. 120—122) vor.

Einseitigkeit unerläßlich macht, daß hiernach das Urtheil der einzelnen Geschwornen das Ergebniß einer, in schweren Fällen gründlichen Prüfung und Berathung sein wird und, wenn es sich im Urtheile der Gesamtheit des Geschworenengerichts darlegt, jede Einseitigkeit und Voreingenommenheit abgestreift haben muß. Diese Vortheile wird man aber um so eher zu erreichen bestrebt sein müssen, da es sich mit nichts bestreiten läßt, daß im entgegengesetzten Falle das Urtheil von nur drei Richtern, welche durch das Studium des Rechts gebildet sind, eine bei weitem größere Gewähr für eine gründliche Prüfung aller in Frage stehenden Thatfachen und Verhältnisse bieten würde, als das Urtheil einer, wenn auch überlegenen Anzahl von rechtsunkundigen Staatsbürgern, die nicht nach festen Beweisregeln, wie die gelehrten Richter nach dem frühern Verfahren, sondern nach Anleitung ihres gesunden Verstandes und nach ihrer innersten Ueberzeugung urtheilen sollen.

Jene Vortheile gehen aber, wenn man das Princip der Urtheilsfällung nach Stimmenmehrheit annimmt, in den meisten Fällen geradezu verloren; dieses Princip bedroht eben so wohl die Sorglosigkeit und Nachlässigkeit der Geschwornen während der Verhandlungen, weil sie sich eben bei der Urtheilsfällung glauben ohne Gefahr der Mehrheit anschließen zu können, als das Princip der Einstimmigkeit die einzelnen Geschwornen auf sich selbst und auf eine gewissenhafte Verfolgung der Verhandlungen anweist; nicht weniger werden sich in den meisten Fällen bei dem Grundsatz der Urtheilsfällung nach Majorität die Berathungen der sämmtlichen Geschwornen nur auf ein Abgeben der Stimmen beschränken, während, wie schon oben bemerkt wurde, bei dem Principe der Einstimmigkeit eine Beschlußfassung ohne gründliche, überzeugende Erörterungen undenkbar ist; endlich aber wird bei jenem Principe die Stimmgebung der einzelnen Geschwornen durch die einseitige Auffassung der Verhandlungen, ja oft durch einzelne zufällige

Eindrücke dieser Verhandlungen geleitet werden, während das Princip der Einstimmigkeit für sich allein eine sichere Gewähr dafür bietet, daß die Stimmgebung eben die Folge einer gründlichen Auffassung der ganzen Verhandlungen, keine einseitige, aus zufälligen Einwirkungen hervorgegangene, sondern durch die gemeinsamen Erörterungen sämmtlicher Geschwornen geläuterte, in der That auf die innerste Ueberzeugung gestützte sein wird.

Die überwiegenden Vortheile des in diesem §. aufgestellten Princips werden sich hiernach nicht verkennen lassen; es könnte sich daher zunächst nur um die Frage handeln, ob die Ausführung dieses Princips nicht auf unüberwindliche Schwierigkeiten stößt? In dieser Beziehung kann man sich indeß mit Recht auf das Beispiel Englands berufen; auch hier gilt der Grundsatz der Einstimmigkeit und er hat sich im Allgemeinen so sehr bewährt gezeigt, daß man in England nie daran gedacht hat, ihn zu verlassen; ja man würde es dort für eine, das ganze System des reinen Anklageverfahrens vernichtende Maßregel halten, wenn man jenen Grundsatz ernstlich verlassen wollte. In dem Beispiele Englands liegt aber offenbar einer der gewichtigsten Gründe für die Empfehlung jenes Princips, und zwar insofern, als man dort zu keiner Zeit an demselben gerüttelt hat, während auf der andern Seite die Vorgänge, welche man zu verschiedenen und selbst noch in den neuesten Zeiten in Frankreich erlebt hat, die Unzuträglichkeiten und Mängel, welche mit dem Grundsatz der Urtheilsfällung nach Stimmenmehrheit verbunden sind, klar und schlagend in das Licht stellen. Nur hieraus läßt es sich wenigstens erklären, wenn man in Frankreich bei den Urtheilen der Geschwornen anfangs die einfache Stimmenmehrheit, späterhin, namentlich bei politischen Vergehen, eine Mehrheit von zwei Dritttheilen, ja von 10 unter 12 Stimmen gefordert hat, und wenn man endlich willkürlich, eben weil man kein festes Princip hatte, auf eine Mehrheit von 8 Stimmen zurück-

gegangen ist. In der That geht hieraus so viel hervor, daß die allgemeine Volksstimme so wenig in der einfachen, wie in einer gesteigerten Mehrheit der Stimmen eine genügende Gewähr für die Unparteilichkeit der Urtheile der Geschwornengerichte hat finden mögen und daß man dort zuletzt eben deshalb auf das Experimentiren gerathen ist, weil man das allein richtige Princip der Stimmeneinhelligkeit sich nicht angeeignet hatte.

Daß in einem einzelnen Falle die Ausführung dieses Grundgesetzes auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen kann, läßt sich allerdings nicht verkennen; hierin liegt indeß um so weniger ein Grund, denselben zu verlassen, da, wo für wiederum das Beispiel Englands und auch Nordamerikas als Beleg angeführt werden kann, die Fälle, in denen sich nach längerer Verathung ein einstimmiges Urtheil der Geschwornen dennoch nicht erreichen läßt, zu den größten Seltenheiten gehören *).

Ein anderes Bedenken, welches man dem Grundsatz der Einhelligkeit entgegensetzen könnte und welches vielleicht auf den ersten Blick eine besondere Rücksicht zu verdienen scheint, liegt darin, daß unsere Nachbarstaaten, so wie überhaupt alle andern deutschen Staaten das Princip der Urtheilsfällung nach Stimmenmehrheit theils angenommen haben, theils annehmen zu wollen scheinen, und daß hieraus möglicher Weise Unzuträglichkeiten, besonders für das Herzogthum selbst entstehen könnten, indem, um ein triviales Beispiel hervorzuheben, ein Dieb eher im Herzogthume Braunschweig, wo er nur durch Stimmeneinhelligkeit verurtheilt werden kann, als im Königreiche Preußen, wo zu seiner Verurtheilung schon einfache Stimmenmehrheit aus-

reicht, stehlen würde, und durch die Abweichung der obersten strafproceßrechtlichen Maximen in zwei Nachbarstaaten sehr leicht die Strafrechtspflege in dem einen oder dem andern Staate in Mißcredit gerathen könnte. Diese Uebelstände können allerdings möglicher Weise eintreten, allein dessenungeachtet würde sich eine Abweichung von dem in diesem §. ausgesprochenen Grundsatz, wenn man denselben einmal für den richtigsten halten muß, durchaus nicht rechtfertigen, und das um so weniger, da auf der einen Seite ein gesunder Volkssinn das Herzogthum selbst gegen jene Uebelstände sichern wird, während auf der andern Seite mit Grund zu hoffen steht, daß im Laufe der Zeit die Nachbarstaaten des Herzogthums auch ihrerseits einen Grundsatz adoptiren werden, der jedem andern gegenüber unverkennbare Vortheile bietet, sobald die Erfahrung, was schwerlich zu bezweifeln sein dürfte, diesem Grundsatz künftig auch bei uns das Wort redet.

Bei den Verathungen über diesen Gegenstand *) wurde der Grundsatz selbst zwar im Allgemeinen nicht angefochten, jedoch von einer Seite her der Antrag gestellt, denselben nur auf verurtheilende Wahrprüche anzuwenden und daneben für freisprechende, wenigstens bei politischen Verbrechen, nur Stimmenmehrheit zu fordern. Man gab auf der einen Seite gern zu, daß das Princip der Einhelligkeit dem Angeklagten die beste Gewähr gegen ungerechte Verurtheilungen biete, fand es jedoch bedenklich, die Freisprechung des Angeklagten von der größern oder geringern Fähigkeit eines oder einzelner Geschwornen abhängig zu machen. Bei der Beurtheilung der hierdurch angeregten Fragen konnte es inzwischen unstreitig nur darauf ankommen, ob man sich für den Grundsatz der Einhelligkeit entscheiden wollte oder nicht; hatte man sich einmal dafür entschieden, so mußte er durchgreifend angewendet werden, und man

*) Nach neueren statistischen Berichten ist kaum einmal durchschnittlich in fünf bis zehn Jahren ein einziger Fall in England vorgekommen, wo sich die Geschwornen über den Wahrpruch nicht geeinigt hätten.

*) Vgl. Prot. vom 7. Juli 1849 (S. 48).

würde, wenn man auf jenen Antrag eingegangen wäre, nicht bloß den wahren inneren Geist des Institutes der Schwurgerichte, wie ihn die Proceßordnung aufgefaßt hat, verkannt, sondern auch gegen die obersten Grundsätze der Strafrechtspflege verstoßen haben. Die Geschwornen haben dasjenige auszusprechen, was der Angeklagte, wenn er in vollkommener geistiger Freiheit und als wahrer Rechtsgenosse in der Rechtsgemeinschaft des Staates lebte, selbst aussprechen würde; sie haben das Gewissen des Angeklagten, das Rechtsbewußtsein des Volkes zu vertreten, und das Eine wie das Andere läßt sich getheilt nicht auffassen. Die Geschwornen haben aber auf der anderen Seite die Rechte des Staates nicht minder, als die des Angeklagten zu schützen, und eine Ausnahme, wie sie nach dem Obigen beantragt war, würde unbedingt gegen die Gerechtigkeit verstoßen. Sie würde aber auch, selbst wenn man sie auf politische Verbrechen hätte beschränken wollen, im hohen Grade gefährlich gewesen sein, da vorzugsweise Verbrechen dieser Gattung geeignet sind, die Grundfesten des Staates zu erschüttern; eben so würde endlich jene Ausnahme im Laufe der Zeit mit Nothwendigkeit dahin geführt haben, daß man von dem Grundsatz der Einheitskeit überhaupt wieder hätte abgehen müssen.

§. 143.

Für die allerdings möglichen Fälle, in denen sich die Geschwornen über einen Wahrpruch nicht einigen können, bedarf es eines Auskunftsmittels, welches der Schlußsatz dieses §. an die Hand giebt und den Gerichtsgebrauch der englischen Gerichte für sich hat.

§. 136.

Ähnliche Bestimmungen finden sich nach dem Beispiele der französischen Gesetzgebung *) fast in allen neueren Strafproceßordnungen anderer deutscher Staaten, und

*) Code, Art. 352.

sie verdienen Anerkennung, da sie lediglich auf eine Sicherung des Angeklagten berechnet sind.

§§. 156—159.

Nach den Erörterungen, welche in der Einleitung über das System der Proceßordnung, rücksichtlich der Rechtsmittel gegen Straferkenntnisse vorangeschickt sind, bedarf es hier nur noch einer Prüfung der einzelnen wesentlichen Bestimmungen über das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde und die leitenden Grundsätze, von denen man in dieser Beziehung ausgehen zu müssen geglaubt hat.

Wie schon oben hervorgehoben ist, so mußte man nach dem Hinwegfallen des Rechtsmittels der Berufung darauf Bedacht nehmen, die Fälle der Zulässigkeit der Cassationen soviel als möglich und soweit dies mit dem Zwecke derselben verträglich erschien, auszudehnen. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet konnten nun die Bestimmungen des Entwurfs, der (§. 136) die Nichtigkeitsbeschwerde nur zulassen wollte,

- 1) wenn wesentliche Vorschriften des Verfahrens nicht beobachtet waren, und
- 2) wenn bei der Anwendung der Strafgesetze deren klarer Inhalt verlegt war,

nicht genügen, indem darnach auf der einen Seite zunächst alle wesentlichen Mängel, welche in einem besonderen Falle, rücksichtlich der Personen der Parteien, rücksichtlich der Zusammensetzung des Gerichtes und dessen Competenz vorliegen mochten, mehr oder weniger der Cognition des Cassationshofes entzogen gewesen sein würden, während auf der andern Seite eben durch die Bestimmung, daß, wenn die Cassation wegen der Anwendung der Gesetze begründet sein solle, ein klares Gesetz verlegt sein müsse, das Urtheil des Cassationshofes von vorn herein unsicher und schwankend gemacht und gewissermaßen gebunden wurde. Der letzte Grundsatz mußte aber um so bedenklicher erscheinen, weil der Begriff: »klares Gesetz;«

— ein sehr relativer ist und weil in Folge jenes Grundsatzes principmäßig die Nichtigkeitsbeschwerde in allen Fällen ausgeschlossen sein würde, wo das Strafgesetz selbst verschiedene Deutungen zuläßt, diese Maßregel aber nicht nur für den Angeklagten in einzelnen Fällen zu unendlichen Härten hätte führen müssen, sondern auch eine der höchsten Aufgaben des Cassationshofes, eine gleichmäßige, mit dem Geiste der Gesetzgebung übereinstimmende Rechtsübung zu vermitteln und auf diese Weise die unvermeidlichen Lücken der Gesetzgebung auszufüllen, wenigstens theilweise vereitelt haben würde.

Unter diesen Umständen entschied man sich denn für die in §. 158 gegebenen Bestimmungen und diese werden, wie sie auf der einen Seite den Cassationen möglichst weite Grenzen offen lassen, so auch auf der anderen Seite ausreichend erscheinen *).

Man würde es indeß mit Recht für bedenklich halten müssen, wenn man dem öffentlichen Ankläger die Nichtigkeitsbeschwerde ganz in demselben Umfange in die Hand geben wollte, wie man solche dem Angeklagten gestatten muß, und eben so würde es nach dem Geiste des künftigen Verfahrens sich nicht rechtfertigen lassen, wenn man die Entscheidungen auf Cassationsgesuche, welche der öffentliche Ankläger im Interesse des Gesetzes (§. 170) oder welche die Civilpartei (§. 169) verfolgt, für das Verhältniß des Angeklagten als solchen maßgebend und präjudiciell machen wollte, indem das Eine wie das Andere nothwendig zu einer Herabsetzung des Ansehens der Strafschöpfungsbehörde führen würde.

Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich daher,

*) Ueber die Grundsätze, von welchen andere Proceßordnungen deutscher Staaten ausgehen, vgl. Mittermaier, das System der Nichtigkeiten im Strafproceß (Gerichtssaal für 1850, Heft 4. S. 301 ff.).

wenn rücksichtlich des öffentlichen Anklägers nach §. 159 die Cassation auf die in §. 158 hervorgehobenen ersten beiden Fälle beschränkt ist, und in dieser Beschränkung liegt in der That keine ernstliche Gefahr für den Staat, da es die Staatsanwaltschaft, wenn überhaupt einmal ein Angeklagter im Widerspruche mit den bestehenden Strafgesetzen außergewöhnlich mild bestraft oder frei gesprochen werden sollte, in der Hand hat, zum Zwecke der Aufrechterhaltung des Gesetzes die Cassation zu verfolgen und durch die auf diesem Wege erwirkte Entscheidung auf künftige, in gleichartigen Sachen abzugebende Urtheile einzuwirken. Daß dagegen dem öffentlichen Ankläger in den Fällen §. 158, Nr. 1 u. 2 die Nichtigkeitsbeschwerde mit Erfolg gegen den Angeklagten als solchen gestattet wird, ist unerläßlich, da, wenn diese Fälle vorliegen, dem Rechte nach so wenig von einem gültigen Verfahren wie von einem wirklichen Urtheile die Rede sein kann, Beides vielmehr als nicht vorhanden angesehen werden muß.

§. 160.

Die in diesem §. enthaltenen Bestimmungen haben, soweit die Ausstellung der Beschwerdepunkte durch einen Advocaten, und in den Fällen, wo auf Geldstrafen erkannt ist, die Deposition der Letzten vorgeschrieben wird, vorzugsweise den Zweck, unbegründete Cassationsgesuche, namentlich aber solche zu erschweren und wo möglich abzuschneiden, welche entweder nur versuchsweise oder in der Absicht einer Verzögerung der Strafvollstreckung verfolgt werden möchten.

§§. 161 — 166.

Der Entwurf ging davon aus, daß die Nichtigkeitsbeschwerde eben so wie das früher gestattete Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung schriftlich zu rechtfertigen sein würde. Man entschied sich indeß, wenn man es auch anerkannte, daß die schriftliche Angabe der einzelnen Beschwerdepunkte für wünschenswerth gehalten

werden müsse, auch in Bezug auf den Cassationshof dafür, daß das eigentliche Hauptverfahren vor diesem eben so wie vor allen übrigen Gerichten ein öffentliches und mündliches sein müsse.

Im Allgemeinen stimmen die Grundsätze dieser §§. mit den Vorschriften der Civilproceßordnung über das Verfahren vor dem Cassationshofe überein, und wenn, was die Thätigkeit des Referenten in Strafsachen und das Verfahren gegen eine ungehörigame Partei anlangt, in den §§. 163 und 164 abweichende Bestimmungen enthalten sind, so werden diese durch die Natur der Sache geboten, da in Strafsachen der Staat wesentlich dabei interessirt ist, das materielle Recht zur Geltung zu bringen.

§§. 167 — 169.

Was die Wirkungen begründeter Nichtigkeitsbeschwerden betrifft, so ist die wesentlichste Frage zunächst die, ob die Thätigkeit des Cassationshofes eine bloß negative, oder ob sie unter Umständen auch eine positive sein, d. h. ob der Cassationshof in allen Fällen nichtige Entscheidungen bloß aufheben, oder ob derselbe auch ermächtigt werden darf, an die Stelle nichtiger Erkenntnisse die richtige Entscheidung zu setzen.

Wird durch den Spruch des Cassationshofes das ganze Verfahren für nichtig erklärt, so kann natürlich von einem positiven Spruch nicht die Rede sein; ist das Verfahren aber zu Recht beständig und nur das ergangene Urtheil nichtig, so müßte der Spruch des Cassationshofes doch immer in den Entscheidungsgründen das Maß, in welchem das Gesetz verletzt wurde, näher bezeichnen. Wollte man aber in diesem Falle die Sache zur Abgabe eines anderweiten Endurtheils an das ursprünglich zuständig gewesene, oder auch, in Nachahmung der französischen Gesetzgebung, an ein anderes Gericht zurückverweisen lassen, so müßte sich dieses Gericht entweder die, in den Entscheidungsgründen des Cassationshofes ange deutete richtige Ent-

scheidung aneignen und insoweit ohne Frage seine Selbstständigkeit aufgeben, oder es würde, wenn das mit der Abgabe eines neuen Erkenntnisses beauftragte Gericht die Selbstständigkeit seines Urtheils vollkommen wahren und anders erkennen wollte, Anlaß zu einem wiederholten, und dabei meistentheils begründeten Cassationsrecurse gegeben werden. Will man aber das Ansehen der Strafgesetze nicht systematisch untergraben, so muß man die eine wie die andere Unzuträglichkeit vermeiden, und dies kann nur geschehen, wenn man in derartigen Fällen den Cassationshof positiv erkennen läßt. Ueberdies ist es nicht zu bestreiten, daß der Cassationshof die schon oben erwähnte Aufgabe, eine einheitliche Rechtsanwendung zu begründen und zu sichern, in keiner Weise genügend zu lösen im Stande sein würde, wenn man ihn anweisen wollte, seine Thätigkeit immer nur in einer negativen Richtung zu bekrunden.

Was auf der anderen Seite die einzelnen Fälle der Nichtigkeiten betrifft, so bedarf es in dieser Hinsicht keiner weiteren Erörterungen, da dieselben namentlich rück-sichtlich des Angeklagten in §. 168 genau auseinandergehalten sind.

§§. 171 und 172.

Die meisten Gesetzgebungen anderer Staaten berühren den in diesen §§. hervorgehobenen Fall entweder bei den Bestimmungen über die Cassationen oder bei der Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; der Fall ist indeß offenbar den Nichtigkeiten sehr nahe verwandt und die Stellung dieser §§. unter den Titel von den Cassationen schien deshalb vorgezogen werden zu müssen.

§§. 173 und 174.

Die Wiedereinsetzung gegen ergangene Straferekenntnisse hat unleugbar viel Mißliches, einmal deshalb, weil überhaupt jede Beseitigung vollstreckbarer Straferekenntnisse im Wege der Restitution leicht zu einer Herabsetzung

des Ansehens der Strafgesetze führen kann, dann aber, weil es sich, soweit z. B. die unter den beiden ersten Nummern des §. 173 berührten Restitutionsgründe in Frage stehen, nach der Maxime der Proceßordnung, daß über die Thatfrage durchgängig nach der innersten, gewissenhaften Ueberzeugung geurtheilt werden soll, streng genommen in keinem Falle ermeßten läßt, in wie weit ein falsches Zeugniß oder eine falsche Urkunde, welche neben anderen directen oder indirecten Beweismitteln der Urtheilsschätzung zum Grunde gelegt ist, auf diese eingewirkt haben mögen. Wollte man daher im Sinne der eben gedachten Maxime consequent vorschreiten, so müßte man wenigstens in den vorhin angedeuteten Fällen jede Restitution ausschließen und eine den Umständen nach etwa gebotenen Remedur in die Instanz der Gnade verweisen. Es läßt sich jedoch auf der andern Seite nicht verkennen, daß eine solche Consequenz zu Härten und wirklichen Rechtsverletzungen führen würde, und wenn man daher die Restitution nicht schlechthin ausschließen darf, so kann es vorzüglich nur darauf ankommen, das Restitutionsrecht in die richtigen Grenzen zu verweisen und eine Gewähr dafür zu geben, daß dieses Recht nicht weiter ausgedehnt wird, als es eben erforderlich ist, wenn auf der einen Seite nur eine wirkliche Rechtsverletzung beseitigt, auf der andern Seite aber das Ansehen der Strafgewalt nicht untergraben werden soll.

Von diesem Gesichtspunkte aus sind nun die Bestimmungen des §. 173, namentlich die unter den ersten beiden Nummern enthaltenen, zu betrachten, in denen allerdings die Restitution an erschwende Voraussetzungen geknüpft ist. Von diesen Voraussetzungen wird man jedoch schwerlich abgehen können, da man offenbar in diesen Fällen von einer Rechtsfiction, nämlich von der Annahme ausgehen muß, daß die falsche Urkunde oder das falsche Zeugniß, wenn nicht ausschließlich, doch vorzugsweise das

Urtheil über Schuld oder Unschuld bestimmt haben. Man hat aber um so mehr Grund, als Vorbedingung für die Restitution in den Fällen unter 1 und 2 den unzweifelhaften Beweis des Meineids und der Fälschung zu fordern, weil ohne das mit den hier hervorgehobenen Restitutionsgründen unerkennbar ein solcher Mißbrauch getrieben werden könnte, der zuletzt völlig unerträglich werden müßte. Allerdings läßt es sich nicht bestreiten, daß die Maximen, von welchen der §. 173 ausgeht, in einzelnen Fällen, z. B. wenn der meineidige Zeuge oder der Urkundensfälscher vor der Verurtheilung gestorben ist, zu Härten führen können; man muß es indeß, in Betracht des künftigen Verfahrens in Strafsachen, für mehr als bedenklich halten, zum Zwecke der Restitution ein Verfahren über den Beweis des Meineids oder der Fälschung zuzulassen und eine in derartigen Fällen etwa nothwendige Remedur wird demgemäß in die Instanz der Gnade verwiesen werden müssen.

§§. 188—191.

Will man politische und bürgerliche Rechte zu der gehörenden, vollen Geltung und deren Bedeutung zum allgemeinen Bewußtsein bringen, so darf man die Wiederherstellung dieser Rechte nicht an den einfachen Act der Begnadigung allein knüpfen, sondern man muß, eben so wie jene Rechte nur durch ein richterliches Urtheil anerkannt werden können, auch in Bezug auf die Wiederherstellung derselben das richterliche Urtheil vorzugsweise mitwirken lassen.

Aus diesen Rücksichten sind die Bestimmungen dieser §§. hervorgegangen; sie schließen sich im Allgemeinen den ähnlichen Bestimmungen des französischen Rechtes an und enthalten, was kaum bemerkt zu werden braucht, eine Beschränkung der Vorschriften des §. 68 des Criminalgesetzbuches.

Spotel- und Tagordnung.

Der Entwurf hatte in den »allgemeinen Bemerkungen« zu der Tagordnung die Verbindlichkeit der Staatscasse zur Zahlung der unter B. I. ausgeworfenen Sätze an die Vertheidiger ausgesprochen, so daß hiernach die Staatscasse in den schwereren Fällen für unermögende Angeklagte die Kosten der Vertheidiger von dem Augenblicke der Zuziehung derselben an bis zur völligen Erledigung der Sache in der Cassationsinstanz ohne Rücksicht auf den Ausfall derselben würde haben übernehmen müssen.

Der Umfang der Verbindlichkeiten der Staatscasse würde in Folge dessen, namentlich in Betracht der Bestimmungen der §§. 7 und 8 der P.-O. gegen die bisher befolgten Maximen bedeutend vergrößert, der Staat aber zu wirklich unverhältnismäßigen Opfern angestrengt worden sein; es erschien daher nicht angemessen, bei den Vorschlägen des Entwurfs stehen zu bleiben, vielmehr waren diese in einer, den bisherigen Verbindlichkeiten des Staates entsprechenden Weise zu beschränken. Hierzu durfte man sich auch um so eher verstehen, wenn man in Erwägung zog, nicht nur daß die Geseßgebungen anderer Staaten die Verbindlichkeit der Staatscasse, die Vertheidiger mittelloser Angeklagter zu honoriren, ebenfalls nur in einem beschränkten Maße anerkennen, sondern auch, daß in vielen Staaten, z. B. in Frankreich und England, die Staatscasse in dieser Beziehung überall zu keinem Opfer herangezogen wird, und daß es gleichwohl in diesen Staaten, in denen der Stand der Advocaten die Vertheidigung Angeklagter weniger für einen Erwerbsquell, als für eine Ehrensache zu halten gewohnt ist, keinem Angeklagten im Nothfalle an einem Vertheidiger fehlt.

Nach den bisher im Herzogthume befolgten Maximen hat die Staatscasse für mittellose Angeklagte regelmäßig

nur die Kosten der weiteren Vertheidigung getragen, und mit Rücksicht hierauf konnte man nicht wohl über die in den allgemeinen Bemerkungen unter b. und c. gegebenen Bestimmungen hinausgehen, da schon hiernach die Opfer, welche künftig die Staatscasse zu bringen hat, die Opfer, welche sie bisher gebracht, nicht unbeträchtlich übersteigen werden.

IV.

G e s e t z
ü b e r

die gerichtliche Polizei.

§. 2.

Da die gerichtliche Polizei, wie schon der Name ergiebt, die Verbindung zwischen der Polizeigewalt einerseits und der richterlichen Gewalt andererseits bildet, so könnte es am angemessensten scheinen, die in diesem Dienstzweige erforderlichen Verrichtungen von einem hierzu ausschließlich angestellten Beamtenpersonale besorgen zu lassen. Allein abgesehen davon, daß hierdurch ganz unverhältnißmäßige finanzielle Opfer veranlaßt würden, entstände für die Geschäfte selbst augenscheinlich der größte Nachtheil. Soll nämlich die gerichtliche Polizei mit Erfolg gehandhabt werden, so darf der Kreis, den der betreffende Beamte unter seiner unmittelbaren Obhut hat, nicht zu groß sein, und außerdem kommt es darauf an, daß die gerichtliche Polizei, auch wenn man ihre Aufgabe noch so selbstständig aufstellt, mit der administrativen Polizei in der engsten Verbindung bleibe, da die bedeutende Unterstützung, welche die administrative Polizei auch bei der Ermittlung und Verfolgung der Verbrecher leisten kann und muß, von Niemand verkannt werden kann.

Es bleibt also weiter nichts übrig, als bestimmte polizeiliche Beamte mit den Geschäften der gerichtlichen Polizei zu beauftragen. Nachdem die Ortspolizei den Gemeinden übertragen ist, wird es erforderlich, die Ortspolizeibeamten zu der Besorgung dieser Geschäfte gesetzlich zu verpflichten; eine Einrichtung, die überall besteht, mag die Ortspolizei von den Communalbeamten als ein Recht der Commune oder als ein Recht des Staats verwaltet werden, und die außerdem durch die Natur der Sache begründet ist und sich auf die sonstigen Bestimmungen der bestehenden oder doch bereits verhandelten Gesetze stützt.

Mit dem Worte »Amtsvoigte« sind übrigens die künftigen Unterbeamten der Kreisdirectionen und nicht die gerichtlichen Unterbeamten gemeint; die Letzteren werden künftig »Gerichtsvoigte« benannt werden.

§. 4.

Die dienstliche Stellung der Officiere des Polizeimilitärs, der höheren Beamten der Steuer- und Forstverwaltung, des Polizei-Directors in der Stadt Braunschweig ist von der Art, daß diese Beamten auch in Anlässen der gerichtlichen Polizei den Staatsanwälten nicht sogleich untergeordnet werden können. Ist daher die Form der Requisition in diesen Verhältnissen gerecht, so darf doch das öffentliche Interesse unter dieser Form nicht leiden, was ohne Zweifel geschehen würde, wenn der Staatsanwalt sich nicht unmittelbar an die genannten Beamten untergebenen Polizeicommissaire und Stationscommandanten wenden dürfte, sondern den vorgesetzten Polizeidirector oder Officier jedes Mal requiriren müßte. Die im §. 4 getroffenen Bestimmungen werden dergleichen Weiterungen und den damit nothwendig verbundenen Uebelständen wirksam vorbeugen.

§. 5.

1. In dem §. 29 der Strafproceßordnung ist das Recht, bei Betretungen auf frischer That zu Verhaftung

gen, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen zu schreiten, bereits den Staatsanwälten und den oberen Beamten der gerichtlichen Polizei eingeräumt. Damit nun aber in dieser Beziehung kein Zweifel entstehe und zugleich auf die Bedürfnisse des Publicums und der öffentlichen Ordnung die gebührende Rücksicht genommen werde, scheint es angemessen, die Beamten speciell zu bezeichnen, denen das obige Recht eingeräumt werden soll, die sich also in dieser Hinsicht als polizeiliche Obrigkeit darstellen.

Daß die sämmtlichen Ortspolizeibehörden mit dieser Autorität bekleidet sind, rechtfertigt sich durch die Stellung, die denselben in den neuen Gemeindeordnungen angewiesen ist. Rücksichtlich der Officiere des Polizeimilitärs wird kein Zweifel obwalten. Aber auch den bei den Amts- und Stadtgerichten bestellten öffentlichen Anklägern, obgleich diese aus den Amtsvoigten und Stationscommandanten genommen werden können, wird jene Befugniß eingeräumt werden müssen. Einmal nöthigt hierzu das praktische Bedürfniß, sodann ist nicht zu übersehen, daß die Leistungen, welche man bei den neuen Einrichtungen von den Amtsvoigten und Stationscommandanten verlangen muß, regelmäßig einen höheren Grad von Bildung voraussetzen, als jetzt durchschnittlich vorhanden gewesen sein mag, und daß man bei der Auswahl unter Mehren natürlich die tüchtigsten und fähigsten Amtsvoigte und Stationscommandanten zu öffentlichen Anklägern bestellen wird. Endlich würde es im höchsten Grade seltsam sein, wenn man den sämmtlichen Ortsvorstehern die fragliche Befugniß einräumte, jedoch Bedenken trüge, dasselbe rücksichtlich solcher Beamten zu thun, die ohne Zweifel an Bildung viele Ortsvorsteher übertreffen, bei denen Letztere in Sachen der gerichtlichen Polizei häufig genug Rath und Hülfe suchen werden.

2. Man hat es für zweckmäßig gehalten, das Gesetz vom 14. Januar 1849 seinem wesentlichen Inhalte nach

in dieses Gesetz aufzunehmen. Die Gründe für dieses Verfahren sind folgende. Zunächst stellt es sich als angemessen dar, wenn die wesentlich zusammengehörigen gesetzlichen Bestimmungen wirklich in einem Gesetze vereinigt werden. Ferner könnte die Fassung des citirten Gesetzes leicht zu der Meinung Veranlassung geben, es habe eine erschöpfende Definition des Begriffs »Verletzung auf frischer That« gegeben werden sollen. Es wird sich jedoch kaum bestreiten lassen, daß hierbei, da fast alles von der Individualität des einzelnen Falles also von der subjectiven Urtheilskraft abhängt, eine eigentliche Definition wohl niemals gelingen wird. Es ist daher besser, auch den Schein, als habe man den Versuch einer erschöpfenden Definition gemacht, zu vermeiden und in dieser Hinsicht der Doctrin nicht vorzugreifen. Hierdurch ist nicht ausgeschlossen, einzelne Fälle hervorzuheben, welche das Gesetz als »Verletzung auf frischer That« betrachtet wissen will, theils um den Beamten der gerichtlichen Polizei eine leitende Norm zu geben, theils um der Regierung für die Entwerfung der Instructionen einen sichereren Anhaltspunkt zu verschaffen und auf diese Weise die Beamten und eventuell den Staat vor möglichen Entschädigungsansprüchen der unangenehmsten Art zu sichern.

Endlich dürfte es nicht thöricht sein, den Polizeidirectionen in Braunschweig und Wolfenbüttel die im §. 4, Nr. 1, des fraglichen Gesetzes eingeräumten Befugnisse im vollen Umfange zu belassen, sobald das neue Gerichtsverfahren ins Leben tritt.

§§. 6 und 7.

Diese beiden Paragraphen sind aus dem Gesetze vom 14. Januar 1849 wörtlich aufgenommen.

Daß die verschiedenen allegirten Gesetzesstellen in einer Anlage beigelegt werden, empfiehlt sich augenscheinlich durch Rücksichten des praktischen Nutzens.

§§. 9 und 10.

Zwar muß an dem Grundsatz festgehalten werden, daß Verhaftungen, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen, abgesehen von den Betretungen auf frischer That, nur vom Richter verfügt werden können. Allein es würde die Strafrechtspflege völlig lähmen, die Bemühungen und Anstrengungen der gerichtlichen Polizei durchaus illusorisch machen, wenn man der letztern das Recht streitig machen wollte, verdächtige Personen anzuhalten und dem Richter vorzuführen, überhaupt so lange, bis eine richterliche Person benachrichtigt oder herbeigebracht werden kann, den status quo aufrecht zu erhalten. Es kann begreiflicher Weise eine Verletzung der Grundrechte oder eine ungebührliche Beschränkung der individuellen Freiheit darin nicht gefunden werden, daß Jemand aufgefordert wird, sich zu seinem zuständigen Richter zu begeben oder dessen Erscheinen abzuwarten, vielmehr wird jeder Verständige den Grund der vorgeschlagenen Bestimmungen in der nahe liegenden Erwägung finden, daß den Gerichten die Abwesenheit nicht verliessen werden kann. Wollte man diese Wahrheit unberücksichtigt lassen, so würde in vielen Fällen die Flucht des Thäters, ja vielleicht in den meisten Fällen die Beseitigung der entdeckten Spuren eines Verbrechens sowie der Ueberführungsmittel erfolgt sein, bevor nur ein Gericht benachrichtigt werden könnte.

Nur die Verbrecher würden von einer so übertriebenen Zärtlichkeit Nutzen haben; die Diebe, Betrüger und Fehler würden gedeihen, während der öffentliche Rechtszustand nothwendig zu Grunde gehen müßte.

§. 12.

Es ist bei der Berathung dieses Gesetzes mehrfach erörtert, ob es nicht zweckmäßig sei, für den Bezirk eines jeden Amts- und Stadtgerichts nur einen öffentlichen Ankläger zu ernennen, in der Erwartung, daß hierdurch ein einfacherer und geregelterer Geschäftsgang zu erreichen

sein werde. Indes wurde hiergegen hervorgehoben, daß den dazu geeigneten Staatsbeamten noch mannigfache administrative Geschäfte obliegen, weshalb es sich nicht übersehen lasse, ob in den größeren Aemtern eine Person die Besorgung ausschließlich übernehmen könne. Eine Ausbülfe sei am einfachsten von den Amtspolizeibeamten zu erwarten und zu verlangen, jedoch würden diese kaum genöthigt werden können, für die in andern Gemeinden begangenen Vergehen als öffentliche Ankläger aufzutreten. Unter diesen Umständen, und da bei einer völlig neuen Einrichtung die spätere Erfahrung das Bessere und Rathslichere an die Hand geben müsse, scheint es zweckmäßiger, sich in der Wahl der geeignetsten Maßregeln nicht vorzeitig durch das Gesetz zu beschränken.

Man hat das Gewicht dieser Gründe anerkennen müssen und geglaubt, den Vorschlag, die Ernennung eines oder mehrerer öffentlicher Ankläger je nach den Umständen dem Ermessen der Regierung zu überlassen, um so mehr annehmen zu dürfen, da der §. 14 sonst seine Bedeutung verlieren würde.

§. 14.

Auch über die Verpflichtung der Ortspolizeibeamten, das Amt des öffentlichen Anklägers zu übernehmen, haben verschiedentlich Erörterungen stattgefunden.

Es wurde bemerkt, daß es immer viele Ortsvorsteher geben werde, denen die erforderliche Fähigkeit fehlen dürfte. Ferner möchte dies Amt oft als eine unerfreuliche Beschäftigung erscheinen, nur geeignet, den Beamten bei den Ortsbewohnern unbeliebt zu machen.

Dagegen ließ sich aber mit Recht geltend machen, daß der Regierung die Ernennung zustehe und von ihr die Fähigkeit zu prüfen und zu würdigen sein werde. Sodann kann man aber darauf, ob ein Amt Unannehmlichkeiten mit sich führt, unmöglich Rücksicht nehmen. Die Stellung der Ortsobrigkeit führt mancherlei Unannehmlich-

keiten, aber auch manche Beschwerden mit sich, und namentlich ist dies rücksichtlich der Handhabung der Polizei der Fall. Ist in den Gemeinden nur der Sinn für obrigkeitliche Rechte, aber nicht gleichzeitig die Neigung und der Muth zur Uebernahme obrigkeitlicher Pflichten vorhanden, so darf man die Ortspolizei überhaupt den Communal-Organen nicht anvertrauen.

Diese Gründe erscheinen jedenfalls überwiegend und müssen zu der Annahme des im §. 14 enthaltenen Vorschlages um so mehr veranlassen, da nicht zu verkennen ist, daß die gerichtliche Verfolgung der ortspolizeilichen Vergehen sich ohne Weiteres als eine Verpflichtung der mit der Ortspolizei belehenen Gemeinde darstellt und von dieser Verpflichtung die fernere Pflicht, auch die gerichtliche Verfolgung in den übrigen Untersuchungen bei den Herzogl. Stadt- und Amtsgerichten zu übernehmen, nicht süglich getrennt werden kann.

Für den Vorschlag sprechen auch die Beispiele anderer Länder. So verordnet die Französische Criminalproceßordnung Art. 144, daß die Geschäfte des öffentlichen Anklägers bei den Friedensgerichten (unsern Amts- und Stadtgerichten ähnlich) von dem Polizeicommissair und wo ein solcher nicht vorhanden ist, von dem Maire des Ortes, an welchem sich das Friedensgericht befindet, verrichtet werden sollen. Hier wird also das Amt des öffentlichen Anklägers für den Maire nicht einmal auf den Bezirk der Commune beschränkt, sondern die Verpflichtung des Maire auf den ganzen Canton, den friedensrichterlichen Bezirk, ausgedehnt.

In dem Entwurfe der Gemeindeordnung für den Preussischen Staat wird, §. 58, dem Vorsteher (Bürgermeister) einer jeden Gemeinde die Verpflichtung auferlegt, die Verrichtungen des Polizei-Anwalts zu übernehmen, vorbehaltlich der Befugniß der Behörde, damit einen andern Beamten zu beauftragen. Die zur Prüfung dieser

Gemeinde-Ordnung gewählte Deputation hat sich hiermit völlig einverstanden erklärt.

In Preußen wird daher ohne Zweifel ganz dieselbe Bestimmung zur Anwendung kommen, wie sie der §. 14 proponirt.

§. 17.

Ein Jeder, welcher den Schutz der wahren persönlichen Freiheit will, wird auch die Aufrechterhaltung der öffentlichen Rechtsordnung wollen, da ohne diese die wirkliche Freiheit nicht denkbar ist. Es stellt sich hiernach als die Pflicht eines jeden wohl gesinnten Staatsbürgers dar, die obrigkeitlichen Beamten, denen die Verfolgung der Verbrechen anvertraut ist, in dringenden Fällen zu unterstützen. Wer sich der Erfüllung dieser öffentlichen Pflicht entzieht, beweist dadurch nicht allein, daß ihm die öffentliche Rechtsordnung wenig am Herzen liegt, sondern er gefährdet diese Ordnung durch sein schlechtes Beispiel und durch die Nachtheile, welche seine Indolenz im einzelnen Falle herbeizuführen im Stande ist. Der Staat kann sich hiergegen nicht gleichgültig verhalten, denn wollte er selbst ein ganzes Heer von Beamten lediglich zum Schutz der Rechtsordnung ernennen, er würde der Erreichung seines Zwecks nicht sicher sein, wenn er die Hülfe der Bürger nicht erwarten und in Anspruch nehmen dürfte. Und von diesem Gesichtspunkte aus ist der Staat sehr wohl berechtigt, sein Interesse durch angemessene Strafandrohungen zu schützen *).

*) Der ursprünglich von der Regierung vorgelegte Entwurf hatte sich darauf beschränkt, die äußersten Grundlinien und Umrisse in Betreff der gerichtlichen Polizei festzustellen. Obgleich es indes nicht zu verkennen war, daß in diesem Geschäftszweige sehr Vieles den Instructionen der Regierung vorzuehalten war, so glaubte man es doch vorziehen zu müssen, wenn in Einem Gesetze neben der Aufgabe der gerichtlichen Polizei die Rechte und Pflichten der

damit beauftragen Beamten, deren Stellung zu den Staatsanwälten und den Gerichten näher angegeben, in dieser Weise aber ein möglichst vollständiger Ueberblick über den ganzen Geschäftszweig gegeben würde, und in dieser Rücksicht hat die größere Ausführlichkeit des Gesetzes ihren Grund.

Ueber die Verhandlungen, welche vorzugsweise nur bei den §§. 9 und 10 zu lebhaften Debatten führten, vgl. man die Protocolle vom 4, 5 und 6. März d. J. (Nr. 132 bis 134). Hier wird die Bemerkung genügen, wie man von einer Seite her vorzugsweise Anstoß an der Bestimmung nahm, daß die in diesen §§., namentlich aber in §. 10 bezeichneten Beamten befugt sein sollten, einmal in eiligen Fällen schon auf bloßen Verdacht hin einzuschreiten, dann aber Verbrecher, welche sie auf frischer That ertappten, oder welche der Flucht verdächtig sind, vor die nächste zuständige gerichtliche Behörde vorzuführen. Eben so wollte man den in §. 10 genannten Beamten das Recht, zum Zwecke der Verfolgung und Sicherung des Thatbestandes von Verbrechen das Betreten von Wohnungen nicht gestatten, dieselben vielmehr auf ein Bewachen und Einschließen von Gebäuden beschränken; daß man sich indes so wenig zu dem Einen wie zu dem Andern herbeilassen konnte, ohne gerade in den dringenden Fällen die Strafgewalt zu untergraben, ist zur Genüge in den Erörterungen zu diesen §§. auseinandergelegt.

V. Civilproceßordnung.

Erster Theil.

Allgemeine Bemerkungen.

1. Aufgabe der Proceßordnung.

In den Bemerkungen zu dem Entwurfe der Proceßordnung hat die Regierung dem Gesetze den Charakter eines provisorischen vindicirt, und diese Bezeichnung ist insofern richtig, als die Ausarbeitung allgemeiner Gesetzbücher für ganz Deutschland, namentlich über das gerichtliche Verfahren, zur Zeit der Vorlegung des Entwurfes in Aussicht gestellt war, die Verwirklichung dieser Aussicht aber auch jetzt noch nicht schlechthin aufgegeben werden muß. Aus dem provisorischen Charakter des Gesetzes fließt der in §. 1. ausgesprochene Grundsatz, daß der Gegenstand der Proceßordnung nur das Verfahren sein, das Proceßrecht dagegen im Wesentlichen bestehen bleiben soll, und von diesem Grundsatz weicht das Gesetz nur insoweit ab, als es nöthig ist, um eines Theils einzelne Bestimmungen des Proceßrechts mit dem neuen Verfahren in Uebereinstimmung zu bringen, andern Theils aber um Lücken und Mängel des bisherigen Proceßrechtes auszufüllen und zu verbessern.

2. Verhandlungsmarime.

Die Proceßordnung spricht sich in §. 2 für die Beibehaltung der Verhandlungsmarime aus. Diese Marime, im Gegensatz zu der Untersuchungsmarime, beruht im Wesentlichen auf den Grundsätzen, daß der Richter nicht eher thätig werden darf, als bis er dazu aufgefordert wird; daß er nicht über die Vorträge und Anträge der Parteien hinausgehen und daß er bei der Entscheidung nur das berücksichtigen darf, was die Parteien zu den Acten gebracht haben.

Es ist dies das Princip des gemeinen Processes und findet seine Rechtfertigung darin, daß die Parteien in jeder Lage des Processes die Herren desselben bleiben und daß der Richter nur die Aufgabe hat, die ihm vorgetragenen Streitpunkte zu entscheiden. Die Verhandlungsmarime hat aber außerdem den großen Vorzug vor der Untersuchungsmarime, daß durch die Erste das Vertrauen auf die Unparteilichkeit des Richters ungleich mehr aufrecht erhalten wird, als durch die Letzte, welche überdies, was kaum der Bemerkung bedarf, mit dem künftigen öffentlichen und mündlichen Verfahren schwerlich in Einklang zu bringen sein würde.

3. Eventualmarime.

Nach der Bestimmung in §. 3. soll für das neue Verfahren auch die Eventualmarime beibehalten werden. Diese Marime, welche ihren Ursprung in dem deutschen Proceßrechte, und vorzugsweise in dem jüngsten Reichsabschiede hat, ist ihrer augenscheinlichen Vorzüge halber in Deutschland überall zur Geltung gekommen. Jede Partei ist danach verpflichtet, alle Angriffs- oder Vertheidigungsmittel derselben Art, welche ihr zu Gebote stehen und welche sie zu ihrem Gunsten berücksichtigt zu sehen verlangt, auf

einmal und neben einander vorzubringen. Für die Beibehaltung dieses Grundsatzes mußte man sich aber um so mehr entscheiden, da derselbe eine große Vereinfachung und eine rasche Förderung des Verfahrens bezweckt, und, wie die westphälische Proceßordnung und die Erfahrungen beweisen, welche man unter der Herrschaft derselben gemacht hat, mit dem künftigen Verfahren sehr wohl verträglich ist.

4. Proceßleitung.

Die Proceßleitung soll nach den Bestimmungen des Gesetzes den Gerichten auch künftig verbleiben. Der französische Proceß verwirft diesen Grundsatz, indem er die ganze Proceßführung den Parteien überläßt und den Gerichten nur die Fällung des Urtheils auf Grundlage der ihnen von den Letztern vorgelegten Materialien überläßt. Dieses System behandelt den ganzen Proceß als ein Privatgeschäft der Parteien und geht davon aus, daß Jedermann in der Verfolgung und Vertheidigung seiner Rechte, soweit dadurch nicht das öffentliche Interesse berührt wird, freie Hand habe und völlig unabhängig sei. Ein strenges Festhalten an diesem Systeme führt indeß, wenn die Thätigkeit des Gerichts von der Proceßleitung gänzlich ausgeschlossen wird, nicht selten zu erheblichen Nachtheilen, indem auf der einen Seite die Parteien oder deren Anwälte, wenn sie nicht unter der Controle des Gerichts stehen, es weit mehr in ihrer Hand haben, den Proceß zu verschleppen, während auf der andern Seite die Nichtbeachtung vorgeschriebener Formen, so wie eine offenbar mangelhafte Ausführung und Darstellung der Thatfachen, wenn man sich die Maximen des französischen Rechtes ganz aneignen wollte, erst in dem Augenblicke, wo das Gericht in der Sache selbst das Urtheil sprechen soll, mithin zu spät hervortreten würden. Diese Nachtheile wer-

den beseitigt, wenn dem Gerichte eine Einwirkung auf die Leitung des Verfahrens zur Pflicht gemacht wird, und wenn es hierdurch Gelegenheit erhält, auf die vollständige Instruktion des Processes bis zum Erkenntniß hinzuwirken. Abgesehen hiervon gewährt aber die in der vorliegenden P.-O. angenommene Maxime noch den bedeutenden Vortheil, daß das Gericht, wenn es sich von dem Inhalte der nach und nach eingehenden Proceßschriften unterrichten kann, weit leichter im Stande ist, sogleich in dem Audienztermine und unmittelbar nach den Vorträgen der Parteien den Spruch zu fällen.

Wollte man die Mitwirkung der Gerichte bei der Proceßleitung ganz ausschließen, so würde man ohne Zweifel genöthigt sein, den Gerichtsboten eine selbstständige Stellung einzuräumen, wie sie das französische Recht kennt. Diese Einrichtung ist indeß offenbar kein wesentliches Erforderniß für das öffentliche und mündliche Verfahren, und hat das Bedenkliche gegen sich, daß sie in den Proceß ein neues, sehr gefährliches Element von Weiterungen und Nichtigkeiten, bringt und daß sie eine Klasse von Beamten schafft, die bei halber Bildung, bedeutendem Einflusse und der Versuchung zu Unrechtsfertigkeiten keine wünschenswerthe Neuerung sind. Abgesehen hiervon würde aber die Einführung eines dem französischen ähnlichen Institutes für den Augenblick mit großen Schwierigkeiten zu kämpfen haben, da viele der jetzigen Gerichtsunterbedienten zur Ausübung der ihnen danach zu übertragenden Geschäften nicht im Stande sein würden.

Es ist inzwischen nicht zu bestreiten, daß die Gerichte, nach dem bisherigen Verfahren, in der Proceßleitung nicht selten die richtige Grenze überschritten haben, und gegen derartige Uebergriife werden die Parteien sicher zu stellen sein. Die Parteien müssen Herren des Processes bleiben; die Thätigkeit der Gerichte aber wird sich, wenn man die

sen Grundsatz als durchgreifende Regel aufstellt, leicht begrenzen lassen. Sie wird sich, abgesehen von den erforderlichen proceßleitenden Verfügungen, im Wesentlichen auf eine Prüfung der formellen Seite der Proceßschriften zu beschränken und nur darüber zu wachen haben, daß die Proceßvorschriften beobachtet werden. Die Beurtheilung des materiellen Inhalts und der Fassung der Proceßschriften, besonders wenn solche von den Advocaten oder Anwälten ausgearbeitet sind, gehört dagegen nicht in den Bereich der Thätigkeit des proceßleitenden, sondern des erkennenden Richters.

5) Stellung der Advocaten und Anwälte im künftigen Verfahren.

Die Stellung, welche in dem Entwurfe den Advocaten und Anwälten, theils untereinander, theils zu den Parteien angewiesen war, stimmte im Wesentlichen allerdings mit der Stellung überein, welche beiden im französischen Rechte zugewiesen ist; sie war jedoch in einzelnen Bestimmungen nicht consequent durchgeführt. Hält man, wie dies die P.-O. gethan hat, das Princip des französischen Rechtes fest, so beruht der wesentliche Unterschied zwischen Advocat (Sachführer) und Procurator (Anwalt) darin, daß der Erste bei der Vertretung und als Rechtsbeistand einer Partei im Proceße nur den Rechtspunkt ins Auge zu fassen, und da, wo er im Proceße thätig wird, nur Rechtsausführungen schriftlich oder mündlich zu liefern hat, während der Letzte die Partei vor Gericht vertritt, den Betrieb des Processes besorgt, die einzelnen Proceßhandlungen Namens der Partei vollzieht und die erforderlichen Anträge stellt. Der Advocat ist hiernach überwiegend Techniker, der Anwalt fast ausschließlich Mechaniker. Hieraus ergibt sich die richtige Stellung beider, sowohl unter einander als der Partei ge-

genüber, von selbst. Der Anwalt gilt als der alleinige Vertreter der Partei; der Advocat dagegen wird nur als Sachverständiger zugezogen, wo es sich um Rechtsausführungen handelt, und bleibt von der Proceßführung völlig ausgeschlossen.

Nach den im Herzogthume bestehenden Verhältnissen würde es indeß nicht wünschenswerth und räthlich sein, die Advocatur factisch von der Anwaltschaft zu trennen und einen ähnlichen Zustand herbeizuführen, wie sich solcher rücksichtlich beider Stände in Frankreich herausgebildet hat; es werden vielmehr die Einrichtungen genügen, welche in dieser Hinsicht in den preussischen Rheinprovinzen bestehen, indem danach die Unterscheidung beider Stände und des denselben zustehenden Geschäftskreises innerlich fest gehalten wird.

6) Die Staatsanwaltschaft im Civilproceße.

Die Stellung, welche der Staatsanwaltschaft in der P.O. angewiesen ist, wird im Allgemeinen als die richtige anerkannt werden müssen. Die Staatsanwaltschaft tritt in Civilsachen nur bei den Kreisgerichten, dem Obergerichte und dem Cassationshofe auf, ist jedoch in ihren Amtsverrichtungen unabhängig von den Gerichten. Sie ist das Organ der Regierung, um bei den Gerichten in den gesetzlich bestimmten Fällen und Formen eine richterliche Beschlußfassung zu erwirken, auf die Handhabung der Ordnung bei den Gerichten zu achten, die Vollstreckung der Gesetze, so wie der richterlichen Beschlüsse und Urtheile zu überwachen und, soweit die öffentliche Sicherheit dabei theiligt ist, zu erwirken. Die Staatsanwaltschaft muß demgemäß als Organ des Gesetzes vor der Abgabe eines richterlichen Urtheils in den durch das Gesetz bestimmten Fällen, und außerdem, so oft sie es verlangt, mit ihren Anträgen gehört werden.

Die Proceßordnung hat sich, wenn sie sich die vorstehenden Grundsätze angeeignet hat, im Wesentlichen an das französische Recht angeschlossen, und namentlich nach dem Beispiele dieses die Fälle getrennt, in denen die Staatsanwaltschaft als Hauptpartei (*partie principale*) und in denen sie als Nebenpartei (*partie jointe*) auftreten muß; im Uebrigen hat sich die P.O. nicht auf die Fälle allein beschränkt, welche das französische Recht*) in dieser Beziehung hervorhebt, sondern den Grundsatz, von welchem das Letzte ausgeht, wie dies die §§. 12 — 18 ergeben, angemessen erweitert.

7. Das Verfahren bis zum ersten Erkenntnisse.

Die Proceßordnung hat, abweichend von dem bisherigen Verfahren, für das erste Stadium des Processes den Grundsatz ausgesprochen, daß der Klage, so wie den Einreden, und Replikschriften alle Beweisstücke (Urkunden), auf welche sich dieselben stützen, beigelegt, die sonstigen Beweismittel in diesen Schriftsätzen angegeben werden, die Erklärungen des Gegners darüber aber in der nächsten Schrift oder in einem zu diesem Zwecke anzuberaumenden Termine erfolgen sollen; es wird mithin die Verbindung der Beweisantretung mit dem ersten Verfahren vorgeschrieben.

Für diese Maxime sprechen bedeutende Gründe. Zunächst werden durch die Verbindung der Beweisantretung mit dem ersten Verfahren, Kosten, Zeit und Arbeit erspart, indem ein Stadium des Processes, von der Beweisantretung bis zur Beweisaufnahme ganz wegfällt. Die Behauptung der relevanten Thatfachen und die Angabe der dafür sprechenden Beweismittel gehen Hand in Hand mit den Erklärungen des Gegners über die behaupteten Thatfachen und über die Beweismittel, so wie über deren Erheblich-

*) Vergl. Code civ. Art. 114, 184, 491.

keit oder Zulässigkeit, und am Schlusse des ersten Verfahrens ist man, ohne an Zeit und Kosten eben einen größeren Aufwand gemacht zu haben, schon so weit vorgerückt, daß für den zweiten Abschnitt des Processes im Wesentlichen nur die Beweisaufnahme übrig bleibt.

Abgesehen hiervon wird dem Proceßgegner durch diese Verbindung die Verttheidigung außerordentlich erleichtert, indem ihm das Proceßmaterial des Gegners vollständig vorliegt. Er kann nicht durch Dunkelheiten, Zweideutigkeiten und Unterhalte getäuscht werden, und ist daher im Stande, sich unbedenklich über die einzelnen Thatfachen zu erklären. Durch den offenen Angriff lernt er aber zugleich die ganze Stärke des Gegners kennen und kann danach mit Sicherheit ermessen, ob, und in wie weit die Vorschüßung von Einreden nothwendig oder rathsam sein wird, und auch in dieser Beziehung wird das künftige Verfahren häufig zu einer Verkürzung und Vereinfachung der Prozesse führen.

Durch die Verbindung der Beweisantretung mit dem ersten Verfahren und durch die Annahme des Grundsatzes*), daß die Parteien bei der Wahl der Beweismittel auf die bis zum Schlusse des ersten Verfahrens angegebenen beschränkt sind, werden die Parteien gezwungen, sich genaue Rechenschaft über die Güte und Stärke ihres Anspruches zu geben; sie müssen schon beim ersten Auftreten, gleichviel ob in der Rolle des Klägers oder des Beklagten, sich selbst Rede stehen, in wie weit sie im Stande sein werden, ihre Behauptungen nachzuweisen und ihre Ansprüche durchzuführen. Namentlich ist es aber nicht zu verkennen, daß durch das vorgeschriebene Verfahren vielfachen Proceßankereien und unnützen Ausführungen gründlich vorgebeugt werden wird, besonders, wenn man erwägt, daß durch die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens

*) Vergl. §. 190.

ein tüchtiger Advocatenstand gebildet werden wird, dessen Mitglieder nur dann eine ehrenhafte Stellung einnehmen können, wenn sie nur nach gewissenhafter Prüfung und Ueberzeugung der Rechtmäßigkeit erhobener Ansprüche den Parteien ihren Beistand leisten. Auf eine solche Prüfung werden aber Advocaten und Anwälte durch die hier in Frage stehenden Bestimmungen mit Nothwendigkeit hingeleitet.

Von besonderer Bedeutung erscheint endlich das vorgeschriebene Verfahren für die Abfassung des Beweiserkenntnisses, indem der Richter dadurch, daß ihm das ganze Proceßmaterial vorliegt, eine genaue Einsicht in die Absicht der Parteien erlangt, und dadurch in den Stand gesetzt wird, die Behauptungen der Parteien vollkommen zu verstehen und ihren wahren Werth als Angriffs- oder Verttheidigungsmittel vollkommen zu würdigen. Er übersieht die ganze Reihe ihrer Schlussfolgerungen und befindet sich in der Lage, mit größerer Sicherheit die erheblichen Thatfachen von den unerheblichen zu sondern. Auf diese Weise wird ein großer Theil der Unsicherheiten und Zweifel über die Erheblichkeit der Behauptungen, welche die Parteien zur Begründung ihrer Rechtsansprüche angeführt haben, beseitigt, und der Richter, außerdem durch den Rechtsgrundsatz unterstügt, daß Thatfachen für welche keine Beweismittel angegeben sind, nicht berücksichtigt werden, wird bei der Abgabe des Beweisurtheils selten oder nie über die Thatfachen im Zweifel sein, von deren Nachweis der behauptete Rechtsanspruch abhängig ist. Treten aber die Vortheile dieses Verfahrens für die Abfassung des Beweiserkenntnisses schon im Allgemeinen und bei einfachen Thatfachen hervor, so ist dies in einem noch weit höheren Maße der Fall, wo die thatsächliche Begründung eines Rechtsanspruches nur aus Schlussfolgerungen hergeleitet und der Beweis der unmittelbaren Thatfache nur auf künft-

lichem Wege geführt werden kann. Hier wird der Richter, wenn die Vorträge der Parteien nicht mit besonderer Klarheit und Schärfe ausgeführt sind, häufig nicht im Stande sein, die Kette der Schlußfolgerungen von ihrer Basis an bis in die einzelnen Niederungen hinunter mit Sicherheit zu übersehen, er wird daher fast in unausbleiblicher Folge die Beweisfrage entweder zu weit, wenn er sie mehr auf die unmittelbare Thatfache, oder zu eng fassen, wenn er sie mehr auf die mittelbaren Thatfachen stellt. Solchen Unsicherheiten wird dadurch abgeholfen werden, wenn die Parteien in der Lage sind, mit stetem Hinblick auf dem Erfolg ihren Behauptungen zugleich die Beweismittel anzugeben, dem Richter selbst aber durch die Vollständigkeit des Proceßmaterials die Absicht der Parteien und deren Behauptungen klar gemacht werden *).

8. Die richterlichen Verfügungen.

a. Im Allgemeinen.

Die P.-D. unterscheidet, was die richterlichen Verfügungen anlangt, Erkenntnisse oder Urtheile und Bescheide **). Nur die ersten sind der Rechtskraft der Regel nach fähig, und dahin gehören alle Entscheidungen über die Competenz, über die Beweislast und die Beweisfrage, endlich aber über das Ergebniß des ganzen Rechtsstreits. Alle übrigen Verfügungen fallen unter den Begriff der Bescheide, und diese können mit Ausnahme eines Falles ***) nicht selbst-

*) Die gleiche Maxime, welche die P.-D. aufstellt und welche in neuester Zeit von Pland (die Lehre vom Beweisurtheil; Göttingen 1848. §. 40. S. 367 ff.) empfohlen ist, kennt die österreichische Proceßordnung (§§. 12. 24 — 27.); eben so ist sie neuerdings in dem Entwurfe einer Civilproceßordnung für die Bezirke des Oberappellationsgerichts zu Greifswalde und des Justizsenats zu Ehrenbreitstein vorgeschlagen.

**) vergl. §§. 97 ff.

***) §. 100.

ständig mit Rechtsmitteln angefochten werden. Urtheile hat in jedem Falle das Gericht als solches in öffentlicher Sitzung nach vorgängiger mündlicher Hauptverhandlung, Bescheide dagegen regelmäßig, mögen sie proceßleitender Natur sein oder über Zwischen- und Nebenanträge entscheiden, der Instructionsrichter abzugeben.

Unstreitig wird durch diese Grundsätze nicht nur der Vortheil einer formellen Unterscheidung der Bescheide und Urtheile erreicht, sondern man gelangt dadurch auch namentlich zu einer Verkürzung und Vereinfachung des Verfahrens, indem man eine Unzahl von Berufungen gegen Zwischenbescheide abschneidet, an denen das bisherige Verfahren zum größten Nachtheile für die Rechtspflege gekrankt hat, ohne daß man auf der andern Seite, da man die Berufung gegen Bescheide nicht abgeschnitten hat, sondern nur bis zum nächsten Erkenntniß hinausgeschoben wissen will, den Rechten der Parteien irgend zu nahe träte. Daß man im Uebrigen unter die eigentlichen, der Rechtskraft von Haus aus fähigen Urtheile auch die Erkenntnisse über die Competenz gerechnet hat, rechtfertigt sich durch die höchst präjudizielle Natur der Einrede der Incompetenz und durch die Rücksicht, daß es häufig nur zur Verschleppung der Proceße und zu unnützen Kostenausgaben führen würde, wenn erst am Schlusse des ersten Verfahrens über diese Einrede entschieden und erst dann die Verfolgung eines Rechtsmittels gegen derartige Entscheidungen gestattet werden sollte.

b. Das Beweisurtheil insbesondere.

Bei der Berathung des Entwurfs in der Justizcommission kam es in Frage, ob man das Beweisurtheil überhaupt im künftigen Verfahren als ein Urtheil im Sinne des §. 97. der P.-D. beibehalten solle, oder ob man nicht von der Abgabe eines solchen ganz abstrahiren und es den Parteien überlassen dürfe, den Beweis derjenigen That-

sachen, die sie für erheblich halten würden, ohne durch ein Erkenntniß in ihren Ansichten gebunden zu werden, herzustellen. Vorzugeweise wurde man auf eine gründliche Prüfung dieser Frage deshalb hingewiesen, weil man es nicht verkannte, daß nach dem bisherigen Verfahren gerade bei dem Beweis-erkenntnissen eine Menge von Fehlgriffen untergelaufen waren und unterlaufen mußten, welche späterhin durch nichts einge bessert werden konnten, daß demgemäß der Richter, wenn er sich am Schlusse des Rechtsstreites im Stande sah, das ganze Proceßmaterial mit Sicherheit zu übersehen, das eigentlich Erhebliche von dem Unerheblichen, die mittelbaren Thatsachen von den unmittelbaren gehörig zu sondern, leicht in die Lage versetzt werden konnte, auf eine unrichtige, durch das Interlocut vorgezeichnete Basis hin eine seinem Rechtsgeföhle widerstreitende Entscheidung abzugeben, und daß endlich, abgesehen von anderen Uebelständen, die Appellabilität des Beweisurtheils zu einer Verzögerung der Proceße, ist in den einfachsten Sachen führt und eben zu diesem Zwecke häufig genug gemißbraucht worden ist.

Trotz dieser Bedenken entschied man sich indeß für die Beibehaltung des Interlocutes, da auf der einen Seite die Vortheile desselben einem einfachen, jederzeit abänderlichen Beweisdecrete gegenüber unverkennbar waren, und man, wenn man sich nicht für das Letzte glaubte entscheiden zu dürfen, noch viel weniger, ganz von einer Regelung der Beweislast und Beweisfrage abgehend, es dem Ermeßen der Parteien selbst überlassen durfte, was und ob sie überhaupt würden beweisen wollen. Es soll hier auf diese Frage nicht ausführlicher eingegangen werden, da sie in der neuesten Zeit einer gründlichen und scharfsinnigen Erörterung von Pland *) unterworfen worden ist; nur soviel mag noch hervorgehoben werden, daß die Proceßord-

nung die Gefahren, welche mit dem Beweisurtheile allerdings verbunden sein können, wesentlich verringert hat, und zwar einmal dadurch, daß sie den Parteien Ausführungen über die Vertheilung der Beweislast und die Fassung der Beweisfrage gestattet, ja zur Pflicht gemacht hat *), dann aber dadurch, daß in dem summarischen Proceße der Regel nach überhaupt von der Abgabe eines Beweisurtheils abgesehen werden soll **).

9. Die Rechtsmittel.

a. Ordentliche.

Der Entwurf wollte als ordentliche Rechtsmittel gegen Erkenntnisse erster Instanz nur die Berufung und die Nichtigkeitsbeschwerde zulassen, die Zulässigkeit der ersten aber an eine Appellationssumme, und zwar bei Erkenntnissen der Stadt- und Amtsgerichte von mehr als 10 Thlr., bei Erkenntnissen der Kreisgerichte dagegen von mehr als 200 Thlr., knüpfen ***). Das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde sollte hiernach ein Surrogat für die Berufung in den nicht appellablen Sachen an die Hand geben, das Rechtsmittel der Supplication (Revision) dagegen in das künftige Verfahren nicht mit hinübergenommen werden. Mit der letzten Maßregel konnte man sich um so mehr einverstanden erklären, da das Rechtsmittel der Supplication streng genommen mit dem künftigen Verfahren nicht ganz im Einklange steht und sich überhaupt, wenn man in jedem Falle ein devolutives Rechtsmittel gestattet, als überflüssig darstellt; die in dem Entwurfe vor-

*) Vgl. §. 182.

**) Vgl. §§. 198 ff. besonders §. 205. Die Fälle, welche dem summarischen Verfahren vorbehalten sind, möchten ziemlich die Mehrzahl bilden, und insofern könnte man fast sagen, daß nach den Bestimmungen der P.-O. regelmäßig kein Interlocut abgegeben werden wird.

***) Vgl. Entw. §§. 111. 209. 300.

*) U. a. D. besonders §§. 42. 43.

geschlagene Beschränkung des Rechtsmittels der Berufung erregte indeß um so größere Bedenken, da in dieser Beziehung, was namentlich die Erkenntnisse der Kreisgerichte anlangt, noch über die durch das bisher gültige Proceßrecht sanctionirten Schranken hinausgegangen werden sollte.

Zunächst war zu berücksichtigen, daß nach dem Systeme des Entwurfs künftig die dritte Instanz in Civilproceßsachen hinwegfallen sollte *); in Folge dieses Grundsatzes schien es aber dringend geboten zu werden, die Parteien in der Berufung auf eine Entscheidung zweiter Instanz in keiner Weise zu beschränken, was augenscheinlich nach dem vorgeschlagenen Systeme der Fall gewesen sein würde. Dieses System würde überdies zu einer Ungleichheit der Rechtsuchenden vor dem Gesetze geführt haben, indem es danach der einen Partei, wenn ihr Rechtsanspruch die Appellationssumme erreichte, möglich gemacht wäre, das Gericht zweiter Instanz anzugehen und auf diesem Wege eine größere Gewähr für eine nochmalige, gründlichere, und dabei durch keine frühere Entscheidung voreingenommene Prüfung der Sache zu erlangen, während der andern Partei beim Mangel der Appellationssumme, namentlich in Betracht der in dem Entwurfe für die Verfolgung unbegründeter Richtigkeitsbeschwerden vorgeschlagener Succumbenzstrafen, entweder die Gefahr drohte, in eine solche Strafe genommen zu werden, oder die Nothwendigkeit auferlegt wurde, sich bei dem ergangenen Erkenntnis erster Instanz zu beruhigen. Hierzu kam nun noch der Umstand, daß das Rechtsmittel der Richtigkeitsbeschwerde, da man dasselbe begreiflicher Weise im Verhältnisse zu der Berufung hätte beschränken müssen, weil man sonst dasselbe Rechtsmittel nur unter einem andern Na-

men gestattet haben würde, sich aller Wahrscheinlichkeit nach künftig eben so, wie in dem bisherigen Verfahren, nur als ein trauriger, meist erfolgloser Nothbehelf herausgestellt haben, und daß man vielleicht in der Mehrzahl der hieher gehörigen Fälle den Parteien nicht sowohl in der That, als vielmehr nur dem Namen nach ein Rechtsmittel gestattet haben würde. Endlich aber durfte man bei dieser Frage die Thatfache nicht ganz aus den Augen lassen, daß die Feststellung einer Competenzsumme für die Gerichte zweiter Instanz nothwendig eben so in dem künftigen, wie in dem bisherigen Verfahren zu Streitigkeiten der unergiebigsten Gattung unter den Parteien, damit aber zu einer Verschleppung und Verwicklung der Proceße führen mußte, auf deren Beseitigung die V.-D. in allen übrigen Beziehungen sorgfältig Bedacht genommen hat, und daß daneben, wenn man das Rechtsmittel der Richtigkeitsbeschwerde in der von dem Entwurfe vorgeschlagenen Weise hätte annehmen wollen, die einzelnen Gerichte nach den abweichendsten Grundfällen erkannt haben und verfahren sein würden.

Unter diesen Umständen glaubte man sich für die Maxime der V.-D., daß nämlich das Rechtsmittel der Berufung an das unmittelbar vorgelegte höhere Gericht in allen Fällen ohne Rücksicht auf eine bestimmte Appellationssumme als ordentliches Rechtsmittel zu gestalten sei *), entscheiden zu müssen, indem dieses System sich eben so sehr durch Einfachheit und durch Consequenz vortheilhaft auszeichnet, als es die Nachtheile beseitigt, welche nothwendig eine Folge des im Entwurfe vorgeschlagenen Systemes gewesen sein würden.

Das einzige und größte Bedenken, welches dieser Maxime entgegengestellt werden konnte, lief darauf hinaus, daß die Berufungen sich danach erheblich vermehren würden, in Folge dessen aber die Arbeitskräfte in den Gerichten zweiter Instanz entweder übermäßig angestrengt oder aber in

*) Bgl. die Erörterungen zu §. 1. des Ges. über die Gerichtsverf. S. 1 ff.

*) Bgl. §§. 125 ff.

einer, den finanziellen Kräften des Landes nicht entsprechenden Weise vermehrt werden müßten. Dieses Bedenken erscheint indeß von keinem besondern Gewichte, wenn man erwägt, daß nicht nur die dritte Instanz künftig ganz hinwegfällt, und daß das in dem bisherigen Verfahren sehr häufig benutzte Rechtsmittel der Supplication ebenfalls abgeschafft ist, sondern daß auch alle Berufungen gegen Zwischenbescheide mit wenigen Ausnahmen als besondere selbstständige Rechtsmittel künftig nicht mehr zulässig sind. Die Berufungen gegen Zwischenbescheide sind aber nach den angestellten genauen Untersuchungen bisher in einer so erheblichen Anzahl verfolgt worden, daß durch die Annahme der Maxime der V.-D. in Verbindung mit den Bestimmungen über die Rechtskraft der Zwischenbescheide eher eine Verminderung der Geschäfte bei den Gerichten zweiter Instanz zu erwarten, als eine Vermehrung derselben zu befürchten steht.

b. Außerordentliche.

Mit der Annahme des Systems der Berufungen mußte die Nichtigkeitsschwerde an andre Vorbedingungen geknüpft und lediglich als außerordentliches Rechtsmittel gegen Erkenntnisse zweiter Instanz aufgefasset werden. Es bedarf in dieser Beziehung keiner ausführlichen Erörterungen, sondern es genügt die Bemerkung, daß dieselben Gründe, welche für das System der Cassationen im Strafverfahren sprachen, die Annahme dieses Systems im Civilproceß nothwendig erscheinen ließen; hier wie dort liegt die Idee zum Grunde, daß es einen höchsten Gerichtshof geben müsse, der eine einheitliche, gleichmäßige Rechtsanwendung zu vermitteln und das materielle Recht zu verwirklichen im Stande ist.

c. Das Verfahren.

Der Entwurf hatte in Bezug auf das Verfahren in

zweiter Instanz den Grundsatz ausgesprochen *), eines Theils, daß Appellationsrechtfertigungen, sowohl was die thatsächlichen als auch was die rechtlichen Ausführungen anlangt, schriftlich eingebracht werden, andern Theils, daß die Gerichte befugt sein sollten, die folchergehalt eingeführten Rechtsmittel entweder zum Verfahren zuzulassen und die schriftliche Vernehmlassung des Appellaten einzufordern, oder dieselben ohne Verfahren zu verwerfen, oder endlich eine proceßleitende Verfügung darauf abzugeben.

Die Abgabe von Rejectorien und proceßleitenden Verfügungen auf eingegangene Berufungen ohne vorgängiges Verfahren würde indeß zunächst einen Eingriff in die Rechte der Parteien enthalten, der sich nach der künftigen Stellung der Gerichte schwerlich rechtfertigen ließe. Das Beaufsichtigungsgerecht des Richters soll sich künftig nicht auf die Fassung und den Inhalt der von den Anwälten verfaßten Proceßschriften erstrecken; es würde dies jedenfalls der Stellung widersprechen, welche den Anwälten und Advocaten im künftigen Verfahren angewiesen ist, und hiernach kann es nur der Ausdruck des Gerichts auf die ganzen Verhandlungen zeigen, ob jene ihre Partei geschickt oder ungeschickt vertreten haben. Man wird daher von solchen einseitigen Verfügungen auch in der Berufungsinstanz um so mehr absehen müssen, da die V.-D. in Bezug auf die Gerichte erster Instanz, namentlich die Kreisgerichte, den Grundsatz ausgesprochen hat, daß diese Klagen, abgesehen von den Fällen der Incompetenz, nicht ohne vorgängiges Verfahren abweisen dürfen **). Dieselben Gründe, welche diese Maxime rechtfertigen, finden auch auf Berufungen und Cassationsgesuche Anwendung und müssen hier um so mehr entscheiden, da die Rechte der Parteien durch einseitige Verwerfung ihrer Beischwerden

*) Bgl. Entw. §§. 217, 218, 307 ff.

**) Bgl. §. 172.

in diesen Instanzen nicht weniger verletzt werden können, als durch einseitige Abweisung von Klagen, vielmehr eine solche Abweisung in der zweiten Instanz sich augenscheinlich als bedenklicher herausstellt wie in der ersten.

Abgesehen hiervon, würde aber durch die Annahme des im Entwurfe vorgeschlagenen Verfahrens das Princip der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit schwer verletzt werden und in Bezug auf das Verfahren in zweiter Instanz geradezu von dem Grundsatz abgegangen sein, daß einer jeden von einem Collegialgerichte abzugebenden Entscheidung eine öffentliche, mündliche Verhandlung vorhergehen, das Gericht selbst mithin in seiner amtlichen Thätigkeit immer vor das Publikum treten müsse *). Eben so läßt es sich endlich nicht bestreiten, daß, wenn die Ausführung der Beschwerden in ihrer factischen und rechtlichen Begründung nicht weniger als die Verhandlung der Vernehmungslaufung darauf in Schriften beibehalten wäre, die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens selbst in dem Audienztermine immer nur eine Wiederholung der Schriftsätze gebracht haben, mithin gewissermaßen auf ein Schauspiel hinausgelaufen und geradezu, wenigstens in den meisten Fällen, illusorisch gewesen sein würde.

Dem Verfahren, wie es die P.O. vorschreibt, scheint man allerdings auf den ersten Blick das Bedenken entgegenstellen zu können, daß die Richter in der Berufung und Cassationsinstanz, wenn sie bloß nach den mündlichen Vorträgen der Parteien einen Spruch fällen sollen, kaum im Stande sein dürften, das Proceßmaterial vollständig zu übersehen und nach gründlicher Sachprüfung ein richtiges Urtheil abzugeben. Dieses Bedenken läßt jedoch einmal nicht durchgängig begründet; dann aber läßt es sich in den Fällen, wo ein Nachtheil in der angedeuteten Weise zu besorgen sein würde, durch eine einfache Maßregel leicht

*) §. 57.

beseitigen. Zunächst ist zu berücksichtigen, daß der höheren Instanz die factische Grundlage der Rechtsansprüche der Parteien in den Acten der ersten Instanz vollständig vorliegt und daß dasselbe in den einfacheren Sachen nach den mündlichen Vorträgen der Parteien im Audienztermine auch die rechtliche Seite des Falles leicht aufzufassen und richtig zu beurtheilen im Stande sein wird. Sollte aber eine Sache durch Verwickelungen in der thatsächlichen Begründung besondere Schwierigkeiten auch für die rechtliche Beurtheilung bieten, so wird man in der Vorschrift der P.O., daß das Gericht befugt ist, das Erkenntniß auszusprechen und die nachträgliche schriftliche Ueberreichung der Parteivorträge zu fordern *), ein zureichendes Auskunfts- mittel finden dürfen.

Ein andres Bedenken, welches man dem in der P.O. für die oberen Instanzen vorgeschriebenen Verfahren noch entgegenstellen kann, geht darauf hinaus, daß in vielen Fällen das obere Gericht von vorn herein die Ueberzeugung von der Grundlosigkeit einer Beschwerde haben werde, und daß man demgemäß auf der einen Seite, wenn man demohingeachtet ein förmliches Verfahren in der höheren Instanz in allen Fällen vorschreibe, ein zu großes Gewicht auf die Form lege, während man auf der andern Seite Veranlassung zu einer Vertheuerung und Verzögerung der Prozesse gebe. Indes auch dieses Bedenken welches theilweise schon in den vorstehenden Erörterungen widerlegt ist, schlägt nicht durch, und das um so weniger, da es sich nicht sowohl um eine Form, als vielmehr um eine Grundmaxime des ganzen künftigen Verfahrens handelt.

*) §. 341. Daß diese Bestimmung nicht auf die Fälle geht, in denen die Kreisgerichte die Berufungsinstanz bilden, ergibt sich aus der Stellung dieses §.; es mag hier indes ausdrücklich zur Beseitigung etwaiger Mißverständnisse bemerkt werden.

Zweiter Theil.

Besondere Bemerkungen.

§§. 4. 5.

So wenig es sich als zweckmäßig und wünschenswerth rechtfertigen würde, wenn man die Proceßpraxis vor den Stadt- und Amtsgerichten ausschließlich den Anwälten oder Advocaten vorbehalten und die Parteien verpflichten wollte, einen Vertreter oder Rechtsbeistand in diesen Sachen zuzuziehen, eben so wenig würde man es billigen können, wenn man die Parteien selbst in den, der Mehrzahl nach allerdings geringfügigen Sachen, welche vor die Amts- und Stadtgerichte gehören, in der Zuziehung eines Advocaten oder Anwaltes, oder überhaupt in der Wahl eines Bevollmächtigten beschränkt hätte. Bei den Verhandlungen über §. 4 wurde zwar von einer Seite der Antrag gestellt, es rücksichtlich des Verfahrens vor den Amtsgerichten bei den Bestimmungen der bisherigen Gesetzgebung *) bewenden zu lassen; man mußte indeß von diesen Bestimmungen um so mehr abgehen, da sie sich eines Theils nicht ganz als bewährt herausgestellt haben, anderen Theils aber zu einer Stellung zwischen dem Richter einerseits und Advocaten oder Anwälten andererseits führen würden, welche mit den Grundsätzen, von denen die neuen Gesetze ausgehen, nicht im Einklange steht.

Daß dagegen die Vertretung der Parteien in allen vor die Kreisgerichte, das Obergericht und den Cassationshof gehörigen Sachen durch recipirte Anwälte in §. 5. vorgeschrieben wird, rechtfertigt sich eben sowohl, als die

Bestimmung, daß der eigentliche Anwalt am Siege des zuständigen Gerichtes bestellt werden muß.

Was den ersten Grundsatz betrifft, so ist besonders die Thatfache in Erwägung zu ziehen, daß es künftig in den vor die Kreisgerichte gehörigen Sachen noch bei weitem mehr, als bisher, darauf ankommen wird, daß das ganze Proceßmaterial geordnet und in der größesten Vollständigkeit dem Gerichte vorgelegt wird, und daß eine nicht juristisch gebildete Partei bei unserem verwickelten Rechtssysteme und bei dem an vielfache Formen gebundenen gerichtlichen Verfahren die technischen Kenntnisse durchaus nicht besitzen kann, welche zur Führung eines nicht geradezu unbedeutenden Processes erforderlich sind. Es wird daher eben sowohl durch das Bedürfnis eines geordneten Proceßganges als durch das eigene Interesse der Parteien geboten, daß sie in allen wichtigeren Sachen, wohin man der Regel nach eben die in §. 5. bezeichneten rechnen muß, nur unter dem Beistande eines Anwaltes zugelassen werden.

Was den zweiten Grundsatz anlangt, so wird dieser durch das künftige Verfahren ebenfalls geboten. Das ganze System der Proceßordnung ist auf eine Vereinfachung und Beschleunigung der Proceßverfahren berechnet, und namentlich sind die Fristen, welche der Regel nach vorgeschrieben werden, meistens so kurz und eng gestellt, daß es sich hiermit nicht entfernt in Einklang bringen ließe, wenn man es wie bisher hätte gestatten wollen, daß der eigentliche Anwalt der Partei, welcher den ganzen Proceßbetrieb zu vermitteln hat, außerhalb des Ortes des zuständigen Gerichtes, neben demselben aber nur zur Empfangnahme der gerichtlichen Verfügungen und der Schriftsätze des Proceßgegners ein Ortsprocurator bestellt würde. Unter diesen Umständen bedarf es aber kaum noch der Bemerkung, daß ein Beibehalten der in dieser Beziehung früher befolgten Maximen jedenfalls auch zu einer Vertbeuerung der Proceßverfahren haben würde, die sich um so weniger hätte rechtfertigen

*) Ges. v. 15. Oct. 1832. No. 33. §. 22, No. 3.

lassen, als damit überhaupt kein reeller Nutzen verbunden gewesen wäre.

Gleichwohl wurde bei den Verhandlungen über §. 5 ff. der Versuch gemacht, die bisherige Einrichtung als zweckmäßiger darzustellen, wenigstens aber mit Rücksicht auf eine Anzahl nicht in den Kreishauptorten ansässiger Advocaten eine transitorische Bestimmung zu empfehlen, welche diese auf eine gleiche Linie mit den an den Kreisgerichtsorten wohnhaften Advocaten gestellt haben würde. Auch hierfür dürfte man sich indes aus überwiegenden Gründen wenigstens insofern, als es dabei auf eine Verpflichtung der Parteien zum Ersatze der durch die Zuziehung eines auswärtigen Anwalts entstandenen Mehrkosten abgesehen war, nicht entscheiden. Es hätte sich dies schwerlich rechtfertigen lassen, wenn man erwägt, daß den Parteien unter den an den Kreisgerichtlichen Orten angestellten Anwälten jederzeit eine genügende Auswahl geboten wird, und daß man, wenn eine Partei zufällig einmal besonderes Vertrauen zu einem außerhalb jener Orte wohnhaften Anwalte hat, der Gegenpartei nicht wohl zumuthen kann, für dieses Vertrauen ihrerseits Mehrkosten aufzuwenden. Man wandte gegen den Grundsatz des §. 5. zwar ein, daß dessen unbeschränkte Annahme zu einer Verletzung wohlervorbener Rechte derjenigen Advocaten führen würde, welche gegenwärtig an den Sizen vonheimern ihr Domicil aufgeschlagen hätten. Dieser Einwurf ist indes augenscheinlich unbegründet. Auf der einen Seite hat nämlich die Proceßordnung in dem Institute der Anwaltschaft ein Institut geschaffen, welches durchaus neu ist, und insofern kann daher, wenn die Befugnisse der Anwaltschaft in Frage kommen, nicht wohl davon die Rede sein, daß Jemand darauf bisher ein wohlervorbener Recht gehabt hätte; auf der andern Seite ist es aber den bis zum Eintritte der Wirksamkeit der V.-D. zugelassenen Advocaten unbenommen, in dem Hauptorte des Kreises, dem

sie angehören, und in welchem das betreffende Kreisgericht seinen Sitz hat, sich niederzulassen, und auf diese Weise zu einer Gleichstellung mit ihren Collegen zu gelangen, welche das Gesetz durch transitorische, mit dem Grundsatz des §. 5. im Widerspruche stehende Bestimmungen nicht herbeiführen durfte.

Es ließ sich inzwischen nicht bestreiten, daß die Billigkeit für eine Berücksichtigung der Interessen der nicht am Sitze der Kreisgerichte wohnhaften Advocaten sprach, und man ging deshalb, was hier des Zusammenhangs halber hervorgehoben werden mag, nicht bloß auf die Vorschriften des Schlußsatzes des §. 403. der V.-D., sondern auch auf die transitorischen im §. 27. der Advocatenordnung enthaltenen Bestimmungen ein. Allerdings wird auch durch diese Bestimmungen eine völlige Gleichstellung aller Advocaten-Anwälte dem Publikum gegenüber nicht erreicht werden, sondern die eigentlichen Anwaltsgeschäfte, und mit diesen nach der bei uns bestehenden Verbindung der Advocatur mit der Anwaltschaft zugleich auch die meisten Advocaturgeschäfte, werden vielmehr in die Hände der an den Sizen der Kreisgerichte wohnhaften Anwälte gelangen; allein weiter, als dies geschehen ist, konnte man unmöglich gehen, wenn man nicht das Interesse einzelner Advocaten über das Interesse des gesammten rechtsuchenden Publikums setzen wollte *).

§§. 12 — 18.

Schon in den allgemeinen Bemerkungen**) ist der Grundsatz gedacht, von welchen die V.-D. in Bezug auf die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft im Civilproceße ausgeht und welche in diesen §§. weiter ausgeführt sind. Die hierher gehörigen Bestimmungen fanden von einigen Seiten her Widerspruch, und wenn man auch allgemein anerkannte,

*) Ueber die Verhandlungen vergl.: Prot. vom 1. und 5. Febr. 1849. (114. und 116. Sitzung.)

**) Vergl. Ehl. I. Pro. 6.

daß der Thätigkeit der Staatsanwaltschaft zweckmäßig auch das Feld des Civilprocesses eröffnet werden würde, so wurden doch bei der Berathung dieses Titels mehrer Anträge gestellt*), welche darauf berechnet waren, die Einmischung der Staatsanwaltschaft in anhängige Civilprocessse soviel als möglich zu beschränken. Vorzugsweise fand man die Bestimmung des §. 14., wonach den Staatsanwälten die Befugniß zusteht, sich nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung gutachtlich über die zu erlassende Entscheidung zu äußern, höchst bedenklich, weil man mit Grund annehmen zu müssen glaubte, daß auf das Urtheil des Gerichtshofes in vielen Fällen das Gutachten der Staatsanwälte nicht ohne Einfluß bleiben würde, und daß demgemäß diejenige Partei, gegen welche sich der Staatsanwalt in einem besonderen Falle aussprechen werde, der anderen gegenüber mit ungleichen Waffen kämpfe, hierin aber eine Verletzung der Gleichheit der Parteirechte liege. Eben so fand man die Bestimmungen des §. 15., insofern dadurch die Staatsanwaltschaft angewiesen wird, Entscheidungen, welche gegen die Gesetze verstoßen und welche von den Parteien nicht angefochten werden, von Amtswegen vor den Cassationshof zu ziehen, anstößig, indem man sich darauf berief, daß das Vertrauen zur Rechtspflege nothwendig erschüttert werden müsse, wenn die Parteien an ein Erkenntniß gebunden blieben, welches durch den Cassationshof auf den Antrag der Staatsanwaltschaft nachträglich im Interesse des Gesetzes als nichtig aufgehoben würde.

So wenig das eine wie das andere Bedenken ist jedoch in der That begründet. Die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft im Civilproceß hat, wenn man den Beruf der Letzten richtig auffaßt, namentlich in den Fällen, wo dieselbe nicht als Hauptpartei auftritt, vorzugsweise den

Zweck, das materielle Recht zur Geltung zu bringen, und dieser Zweck liegt besonders den eben hervorgehobenen Bestimmungen zum Grunde. Sowohl in den Fällen des §. 14., wie in denen des §. 15. steht der Staatsanwalt als unbetheiligter Dritter zwischen den Parteien und den Gerichten; es läßt sich daher von vorn herein nicht annehmen, daß der Staatsanwalt, wenn er sich einmal gutachtlich über eine abzugebende Entscheidung ausspricht, das Interesse einer Partei vorzugsweise wahrnehmen sollte, und eben so spricht die Unabhängigkeit der Gerichte dafür, daß diese sich durch das Gutachten des Staatsanwaltes nicht von ihrer entgegenstehenden rechtlichen Ueberzeugung ablenken lassen werden. Der Staat ist aber, was insbesondere die Bestimmungen in §. 15. betrifft, unfeugbar wesentlich bei einer möglichst vollkommenen Rechtspflege interessiert und, wenn es sich einmal nicht bestreiten läßt, daß Entscheidungen, welche gegen die Gesetze verstoßen, ohne Rücksicht darauf, ob sich die Parteien dabei beruhigen oder nicht, immer zu den Uebelständen gehören, welche nicht nur im Fragefalle, sondern auch als Präcedenzen für künftige Fälle nachtheilig wirken können, so rechtfertigt sich die Zulassung von Cassationen im Interesse des Gesetzes vollkommen, indem die darauf erfolgenden Entscheidungen, mögen sie auch, wie sich dies von selbst versteht, ohne Präjudiz für die abgeurtheilten Sachen bleiben, doch als Normen für ähnliche Fälle wirken werden.

§. 21.

Die in diesem §. enthaltenen Bestimmungen geben theilweise das bisherige Recht wieder, theilweise sind sie neu, und zwar das Letzte, soweit die Behandlung von Competenzstreitigkeiten in Frage kommt. Wie dies in den Erörterungen zu dem Gesetze über die Gerichtsverfassung bereits hervorgehoben ist*), so sind die Amts- und Stadtge-

*) Vergl. Protocolle vom 5ten Febr. 1849. (116te Sitzung.)

*) Zu §. 10.

richte im Wesentlichen nur als Deputationen der Kreisgerichte für die geringfügigeren Sachen anzusehen, und durch dieses Verhältniß allein rechtfertigt es sich nicht bloß, wenn man das Verfahren über Kompetenzstreitigkeiten bei diesen Gerichten, so viel als möglich abzuschneiden und zu einem mehr administrativen, als contradictorischen zu machen sucht, sondern es wird diese Einrichtung sogar geboten.

Die Kreisgerichte bilden, wie dies §. 10. des Gesetzes über die Gerichtsverfassung ausspricht, die Gerichte erster Instanz, und machen mit den ihnen untergeordneten Amtsgerichten in der That nur ein Gericht aus; es erscheint daher nichts natürlicher und angemessener, als daß man den Kreisgerichten, sobald die Parteien oder das eine oder das andere Gericht über die Kompetenz Zweifel in Anregung bringen, die Entscheidung über die Frage in die Hand giebt, welche Abtheilung des Gerichtes sich mit der in Frage stehenden Proceßsache zu befassen hat.

Die Grundsätze, von denen dieser §. ausgeht, erscheinen aber um so zweckmäßiger, wenn man erwägt, zu welchen Verzögerungen und Vertheuerungen der Proceß nach dem bisherigen Verfahren Kompetenzstreitigkeiten zwischen Amts- und Kreisgerichten, mochten sie von den Parteien oder von den Gerichten selbst angeregt sein, in einer großen Anzahl von Fällen geführt haben, wenn man ferner erwägt, wie sehr häufig die Einrede der Incompetenz in den vor diese Gerichte gehörigen Sachen nur zum Zwecke der Verzögerung des Proceßes vorgeschützt ist und wie häufig schon die Kosten der Kompetenzstreitigkeiten in diesen Fällen in einem entschiedenen Mißverhältnisse mit dem Werthe des Streitgegenstandes gestanden haben. Alle diese Uebelstände werden durch die Bestimmungen dieses §. unter 1 — 4. und namentlich durch die unter 7. gründlich abgeschnitten, indem danach einmal der Präjudizialpunkt über die Competenz in administrativem Wege vor der

Verhandlung über die Hauptsache zu erledigen, die Entscheidung der Kreisgerichte ferner nicht bloß für die Parteien, sondern auch für das untergeordnete Amtsgericht maßgebend, endlich aber eine solche Entscheidung nur im Wege der Cassation zu beseitigen ist*).

§§. 22 — 43.

Die Bestimmungen über die Gerichtsstände, welche in diesen §§. enthalten sind, geben im Allgemeinen die Grundsätze wieder, welche bisher von den Gerichten des Herzogthums schon befolgt sind, und es bedarf deshalb in dieser Beziehung nur weniger Bemerkungen.

Was zunächst

1) den Gerichtsstand der Widerklage betrifft, so weicht die Bestimmung im zweiten Absätze des §. 23. von dem bisherigen Verfahren ab; sie wird aber durch das künftige Verfahren von den Kreisgerichten geboten, und es würde jedenfalls zu Unzuträglichkeiten der verschiedensten Art geführt haben, wenn man auch künftig den Amtsgerichten die Instruirung solcher Sachen bis zum ersten Erkenntnisse hätte übertragen wollen. Die Widerklage wird hiernach in derartigen Fällen als Hauptklage anzusehen, von den Kreisgerichten aber in Gemäßheit der Bestimmungen des §. 172 zu verfahren sein**).

2) In Bezug auf den Gerichtsstand für Provocationsklagen hatte der Entwurf den Grundsatz ausgesprochen, daß solche bei dem Gerichte anzubringen seien, vor welches die rechtliche Ausführung des Hauptanspruches gehöre. Dieser Grundsatz würde indeß zu weit geführt haben, in

*) Es bedarf hierbei wohl kaum der Bemerkung, daß die Bestimmungen der §§. 97 ff. besonders des §. 100. über die Appellabilität der Competenzerkenntnisse auf die Entscheidungen über die Zuständigkeit eines Amts- oder Stadtgerichtes im Verhältnisse zu dem vorgesezten Kreisgerichte keine Anwendung finden können.

**) Ueber die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Widerklage überhaupt gelten die gemeinschaftlichen Bestimmungen; besondere Vorschriften enthalten die §§. 30., 67 und 258.

dem darunter auch Provocationen wegen dinglicher Ansprüche begriffen gewesen sein würden. In derartigen Fällen sind aber Provocationen nach der richtigen Ansicht, für welche sich denn auch die Praxis der hiesigen Gerichte entschieden hat, nicht statthaft und um so weniger zuzulassen, da derjenige, der berechtigt sein könnte, eine Provocation wegen der Verühmung eines Anspruches an Immobilien anzustellen, im Stande ist, seine Rechte durch possessorisches petitorisches Klagen zu schützen, die Provocationen aber nur subsidiäre Rechtsmittel für die Fälle an die Hand geben sollen, in denen es an einem andern mangelst*).

3) Die Bestimmungen über den Gerichtsstand des Vertrags leiden eben so wohl dann, wenn der Beklagte ein Inländer, als auch dann, wenn derselbe Angehöriger eines andern Staates ist, jedoch im letzten Falle natürlich nur unter der Voraussetzung Anwendung, daß Staatsverträge in dieser Beziehung nicht ein Anderes festgesellt haben.

4) Der Gerichtsstand für vertragsmäßige Verbindlichkeiten kann nach der Fassung des §. 35. nur ein Gericht erster Instanz, also nach Maßgabe des Werthes des Streitgegenstandes entweder nur ein Amts- oder ein Kreisgericht sein. Die Proceßordnung ist hiernach von den Bestimmungen des §. 7. der Oberappellationsgerichtsordnung vom 16. September 1833 wieder abgegangen, und hierzu lag um so mehr Grund vor, da auf der einen Seite jene Bestimmung seit dem Bestehen des Oberappellationsgerichts fast gar nicht benutzt worden ist**), während auf der andern Seite das künftige Verfahren vor dem Obergerichte wesentlich von dem bisherigen Verfahren in erster Instanz abweicht und

*) Vergl. §. 268.

**) Es sollen etwa zwei oder drei Fälle vorgekommen sein, in denen die Parteien auf den Spruch des Oberappellationsgerichts als erster und letzter Instanz compromittirt haben.

ein Festhalten an den Vorschriften des §. 7. des Oberappellationsgerichtes leicht zu den erheblichsten Unzuträglichkeiten führen könnte.

§. 44.

Durch die Bezugnahme auf §. 21. wird es außer Zweifel gesetzt, daß die Gerichte sich, sobald auf eine eingegangene Klage verhandelt und bis dahin die Competenz derselben nicht in Zweifel gezogen ist, lediglich wegen des höheren oder geringeren Werthes des Streitobjects nicht mehr für incompetent erklären dürfen; eine Incompetenzerklärung wird nach dem angedeuteten Stadium vielmehr nur in Fällen einer wirklichen materiellen Unzuständigkeit statthaft erscheinen.

§. 45.

Wenn dem Cassationshofe in den hier berührten Fällen die Entscheidung über die Competenz übertragen wird, so liegt der Grund darin, daß bei jeder andern Einrichtung und namentlich auch dann, wenn man dem Obergerichte die desfallsige Entscheidung in die Hand geben wollte, der Cassationsrecurs gegen das Erkenntniß über die Competenz nicht abgeschnitten werden könnte, daß mithin durch die hier ausgesprochenen Maxime das Verfahren in derartigen Fällen zweckmäßig abgekürzt wird.

§§. 46 — 56.

Die in diesen §§. enthaltenen Bestimmungen schließen sich im Allgemeinen den bisher befolgten Grundsätzen an, und es bedarf deshalb kaum der Bemerkung, daß die Verstattung des Verhörrescenzendes (§. 53.) durch das künftige Verfahren, namentlich in Folge des Grundsatzes, daß die Richter über Beweise nach gewissenhafter Ueberzeugung zu erkennen haben*), geboten wird.

*) Vergl. §. 86.

§§. 57 — 74.

Die Grundsätze, von welchen die P.-O. in diesem Theile ausgeht, sind schon in dem ersten Theile näher erörtert, es kann daher auf das Vorhergehende verwiesen werden, und nur folgende Bemerkungen mögen hier Platz finden.

1) Daß das schriftliche Verfahren regelmäßig mit der Replik zu schließen ist (§. 65.), stimmt mit den Bestimmungen der französischen Gesetzgebung überein und erscheint jedenfalls zweckmäßig, da in der Mehrzahl aller Fälle die Verhandlungen in der Duplik lediglich auf Wiederholung der früheren oder eine Verweisung auf dieselben bringen. Eben so zweckmäßig erscheint aber die Vorschrift in §. 66., da sie ohne Zweifel in der Mehrzahl der Fälle zur Abkürzung der Prozesse dienen wird.

2) Unstreitig ist ein großes Gewicht darauf zu legen, daß durch die Verhandlung über eine Widerklage das Verfahren über die Hauptklage nicht verzögert oder verwirrt wird, indem hieraus sehr leicht große Nachtheile für die Parteien selbst erwachsen würden. Die Bestimmungen des §. 67. erscheinen mithin durchaus angemessen, und die darin enthaltene Abweichung von den bisher befolgten Grundsätzen ist für die Parteien selbst nicht beschwerend, da sie es in der Hand haben, im Separatproceß bei demselben Gerichte gleichzeitig den Reconventionsanspruch zur Geltung zu bringen.

3) Das persönliche Erscheinen der Parteien kann zwar nicht bloß in Familiensreitigkeiten und Ehescheidungsachen, sondern auch in jedem andern Proceß von besonderm Nutzen sein; wenn indeß demohngeachtet in §. 74. den Gerichten nur in Familiensreitigkeiten und in Ehescheidungsprocessen die Befugniß eingeräumt wird, die Parteien unter Androhung von Zwangsmitteln vorladen und nöthigenfalls vorführen zu lassen, so hat dies seinen Grund darin, daß vorzugsweise nur in diesen Sachen eine derartige Befugniß im Interesse

der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt werden kann.

§. 79.

Ueber die Frage, ob im Civilproceße die Beeidigung der Zeugen zweckmäßiger vor oder nach deren Vernehmung erfolgen werde, entspann sich bei der Berathung dieses §. eine ziemlich lebhafte Debatte, welche auch auf eine Erörterung der bei Ausnahme von Judeideen zu beobachtenden Formlichkeiten führte*). Was die Hauptfrage betrifft, so kann es unstreitig nur auf Gründe der Zweckmäßigkeit ankommen; diese mögten aber für die Vorschrift des §. 79 allerdings sprechen, und zwar insofern, als danach dem Zeugen, dem vor der Beeidigung seine ganze Aussage nochmals im Zusammenhange vorgelesen wird, bis zum legen Augenblicke Gelegenheit gegeben wird, dieselbe zu verbessern und zu berichtigen, während jede Beeidigung vor der Vernehmung den Zeugen in seiner Aussage entweder unsicher oder leichtfertig machen kann. Abgesehen hiervon hat aber die Bestimmung dieses §. noch einen andern nicht unerheblichen Nutzen, nämlich den, daß bei einer Mehrzahl von Zeugen künftig jeder einzelne nach erfolgter Vorlesung seiner Aussagen beeidigt werden muß, während nach dem bisherigen Verfahren sämmtliche Zeugen in einem Acte gleichzeitig beeidigt wurden, und ein solcher Act dem einzelnen Zeugen keinenfalls die Bedeutung ihrer Verpflichtungen ganz zum Bewußtsein zu bringen geeignet ist.

§§. 86 — 88.

1) Nach dem Grundsätze, welcher in §. 86. ausgesprochen wird, daß nämlich die Gerichte über die Beweisführung nach gewissenhafter Ueberzeugung zu erkennen haben, rechtfertigt sich die Bestimmung des §. 87., wonach nothwendige Eide künftig nur Wahrheitseide sein können vollständig, indem diese Eide lediglich den Zweck haben, dem Richter

*) Prot. vom 6. Febr. 1850. 117te Sitzung.

die Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer behaupteten Thatsache zu verschaffen, oder ihn darin zu bestärken, dieser Zweck aber durch die Ableistung eines Glaubenseides unverkennbar nicht zu erreichen steht. Bei den Verhandlungen über §. 87. wurden zwar Ansichten laut, welche auch für die Zukunft bei den nothwendigen Eiden die Glaubenseide nicht ausgeschlossen wissen wollten*), indeß würde man, wenn man auf diese Ansichten hätte eingehen wollen, ohne Frage den Grundsatz des §. 86. selbst habe fallen lassen müssen. Man berief sich vorzüglich darauf, daß der Richter in Verlegenheit gerathen könne, wenn man die Glaubenseide in dieser Beziehung ausschliesse, namentlich werde dies der Fall sein, wenn z. B. eine Partei, der der Richter einen Ergänzungs- oder Reinigungseid aufzuerlegen beabsichtigt habe, vor der Abgabe des Erkenntnisses versterben sollte. Der Richter muß sich indeß in jedem Falle nach dem vorliegenden Materiale eine Ueberzeugung zu bilden im Stande sein, und es kann daher, wenn man erwägt, daß der Richter beim Mangel eines überzeugenden Beweismaterials gegen den Beweisführer wird sprechen müssen, von eigentlich ernsthaften Verlegenheiten in dieser Hinsicht nicht die Rede sein. Der Fall dagegen, daß die eine oder andere Partei nach der Abgabe eines auf einen nothwendigen Eid erkennenden Spruches mit Tode abgeht, ist im Schlusssatz des §. 87. vorgelesen und hiemit ist die einzige, wirklich ernsthafte Verlegenheit beseitigt, von der überhaupt die Rede hätte sein können. Auch gegen die Schlußbestimmung des §. 87. wurden zwar Bedenken erhoben, und namentlich schlug man vor, in den hierher gehörigen Fällen von dem abgegebenen Erkenntnisse ganz abzusehen und zur Abgabe eines, den veränderten Verhältnissen entsprechenden anderweitigen Erkenntnisses zu schreiten. Indesß auch auf diese Ansicht konnte

*) Prot. vom 5. und 6. Febr. 1850.

man um so weniger eingehen, da sie nothwendig zu einer Herabsetzung des Ansehens der Rechtspflege geführt und das Vertrauen zu derselben geschwächt haben würde. Es ist nämlich auf der einen Seite, wenn man die nothwendigen Eide als Mittel zur Bestärkung der richterlichen Ueberzeugung auffaßt, nicht zu verkennen, daß der Richter sich, wenn er einer Partei einen solchen Eid auferlegt, schon indirect für dieselbe ausdrückt, daß er mithin schon eine bestimmte Ueberzeugung hat, und daß darin ein ernstlicher Uebelstand liegen würde, wenn man ihn nöthigen wollte, sich, weil die betreffende Partei zufällig vor der Ableistung des Eides weggefallen ist, eine andere Ueberzeugung zu bilden. Auf der andern Seite müßte man aber, wollte man den Richter hierzu nöthigen, diesem ohne Zweifel auch gestatten, eine seiner früheren Entscheidung völlig entgegengesetzte abzugeben, also z. B. während das erste Erkenntniß auf einen Ergänzungs Eid lautete, im zweiten den Beweisführer abzuweisen oder auf den Reinigungseid zu erkennen, und auch hierin würde ein ernsthafter Uebelstand gefunden werden müssen, den man um jeden Preis zu vermeiden haben würde.

2) Der Entwurf hatte in Bezug auf den Schiedseid ebenfalls den Grundsatz ausgesprochen, daß nur Wahrheits-eide zugelassen werden sollten; für diesen Grundsatz konnte man sich jedoch nicht entscheiden, weil derselbe auf der einen Seite durch das künftige Verfahren nicht geboten wurde, auf der andern Seite aber zu großen Unzuträglichkeiten für die Parteien geführt haben würde.

Der Schiedseid hat überwiegend die Natur eines Vergleichsmittels und es handelt sich daher bei demselben weniger um die Ueberzeugung des Richters, welche aus einer freien, selbstständigen Prüfung und Auffassung des Beweismaterials gewonnen wird, als um eine Feststellung derjenigen Ergebnisse der Beweisführung, welche ihn durch eine Uebereinkunft der Parteien an die Hand gegeben wird.

Die Parteien entscheiden in diesem Falle ausschließlich über das Ergebniß der Beweisführung, während der Richter dasselbe nicht selbständig zu prüfen, sondern auf den Grund der Parteieide nur auszusprechen hat. Abzusehen hiervon würde es aber, wollte man die Glaubenseide als Schiedseide ganz ausschließen, den Parteien in einer Ueberszahl von Fällen an jedem Beweismittel fehlen, und wenn auch im Allgemeinen die Beseitigung der Glaubenseide wünschenswerth erscheint, so wird man hierzu doch nicht wohl früher schreiten dürfen, als bis man durch andere materielle Rechtsbestimmungen, namentlich durch solche, welche die Nothwendigkeit der schriftlichen Annahme der Rechtsgeschäfte vorschreiben, eine Einrichtung getroffen hat, bei welcher der Mangel eines Beweismittels, welches sich gegenwärtig als unentbehrlich herausstellt, weniger fühlbar hervortritt.

3) Der Entwurf hatte sich nicht darüber auszusprechen, ob künftig die eventuelle Eideszuschiebung gestattet werden sollte; es war dies indeß nicht die Absicht und man hielt es deshalb für zweckmäßig, dieselbe ausdrücklich auszuschließen.

Zunächst ist es, sowohl in Rücksicht auf ein geregeltes Verfahren als auch im Interesse des Proceßgegners Pflicht jeder Partei, die Güte und Stärke der Beweismittel, welche ihr zu Gebote stehen, zeitig zu prüfen und sich eine bestimmte Ueberzeugung davon zu verschaffen, ob und in wie weit ihre Behauptungen dadurch unterstützt werden oder nicht. Es rechtfertigt sich hiernach das Verlangen, daß jede Partei mit der Beweisankündigung sich bestimmt über die Beweismittel zu erklären hat, deren sie sich bedienen will, und mit den Grundsätzen, von welchen die V.D. in dieser Beziehung ausgeht, namentlich mit der Bestimmung, daß die Parteien bei der Wahl der Beweismittel an die bis zum Schlusse des ersten Verfahrens angegebenen gebunden sind, würde die Zulassung der eventuellen Eides-

zuschiebung durchaus nicht im Einklange stehen. Abzusehen hiervon ist aber die eventuelle Eideszuschiebung insofern bedenklich, als sie dazu benutzt werden würde, richterliche Entscheidungen über das Ergebniß der Beweisführung zu beseitigen und diesen geradezu entgegenge setzte Entscheidungen herbeizuführen. Der Richter, der zunächst nach seiner gewissenhaften Ueberzeugung, auf den Grund des seiner Prüfung untergelegten Beweismaterials einen erhobenen Anspruch abgewiesen hat, würde hiernach nöthig werden können, diesen Anspruch auf den Grund eines nachträglich zuzuschobenen und abaeleisteten Schiedseides als begründet anerkennen, und hierin würde jedenfalls, namentlich wenn man auch die eventuellen Glaubenseide zuzulassen hätte, eine Unzulässigkeit von der erheblichsten Bedeutung gelegen haben, die mit der Stellung der richterlichen Beamten geradezu im Widerspruche stehen würde.

Die eventuelle Eidesdelation führt endlich, eben weil sie nach ihrem Zwecke immer als der letzte Nothanker benutzt werden wird, in vieler Beziehung nicht nur zu einer Herabsetzung des Eides selbst, sondern auch zu Mißbräuchen, indem sie in vielen Fällen nur zur Schifane in die Hand genommen wird; sie veranlaßt aber auch die Parteien ebenso zu einer lässigen und ungründlichen Prüfung ihrer Beweismittel, wie zur Anstellung von Versuchen mit Beweismitteln. Deren Unzulänglichkeit und Untauglichkeit auf der Hand liegen, und alle diese Uebelstände zusammenzuhalten, läßt, wenn es auch unbedenklich gewesen sein dürfte, die eventuelle Zuschiebung von Wahrheitseiden zu gestatten, die Bestimmung im ersten Abzuge des §. 88. als durchaus zweckmäßig erscheinen.

4) Der Entwurf beabsichtigte, die Gewissensvertretung durch Zeugen auszuschließen, indeß schien diese Beschränkung sich nicht zu rechtfertigen, mochte man nun in der Gewissensvertretung das Erbieten zur Uebernahme des Hauptbeweises oder des direkten Gewandbeweises finden.

Dagegen entspricht es den eben erörterten Grundsätzen über die eventuelle Eideszuschreibung, wenn man beim Risikiren der Gewissensvertretung das Zurückgreifen auf den zugeschobenen Eid nicht gestattet.

§. 92.

Bei der Verathung dieses §. wurden verschiedene Anträge gestellt, welche die Einführung und Beibehaltung gewisser Förmlichkeiten bei Eidesleistungen bezweckten und besondere Instructionen für die richterlichen Beamten bei diesen Acten als wünschenswerth darstellten *). Nach den Bestimmungen des §. hängt allerdings die größere oder geringere Feierlichkeit jenes ohne Zweifel höchst wichtigen Actes, von dem Richter ab; allein abgesehen davon, daß die Erfahrung die Unzulänglichkeit aller gesetzlichen Vorschriften und aller Instructionen über die Art der Abnahme von Eiden längst außer allen Zweifel gestellt hat, so ist der Umstand nicht zu übersehen, daß nach §. 90. alle Parteieide in öffentlicher Sitzung abgeleistet werden müssen, und daß die Öffentlichkeit einen wesentlichen Einfluß sowohl auf den Richter wie auf die schwörende Partei selbst ausüben und in beiden Richtungen eine günstigere Wirkung hervorbringen wird, als man mit gesetzlichen Vorschriften und Instructionen hervorzubringen im Stande sein würde. Daß, abgesehen hiervon, für die Zukunft bei Eidesabnahmen auch die Buziehung von Geistlichen nicht mehr statthaft ist, wird man ebenfalls als zweckmäßig anerkennen müssen, da die Erfahrung gelehrt hat, daß diese Maßregel niemals den beabsichtigten Erfolg gehabt hat und ziemlich regelmäßig nur zur Chicane beantragt worden ist.

§§. 94. 95.

Der Entwurf hatte, was die in §. 94. enthaltene Bestimmung betrifft, für mündliche Geständnisse außer der Aufnahme derselben in das Sitzungsprotocoll auch die

ausdrückliche Acceptation gefordert; es lag indeß, wenn man einmal bei schriftlichen Geständnisse von einer Annahme derselben abgehen zu dürfen glaubte, kein Grund vor, andere Maximen in Bezug auf mündliche Geständnisse zu befolgen.

Daß im Uebrigen durch die Bestimmungen des §. 95. die Vorschriften des gemeinen Proceßrechtes über die Zurücknahme eines von dem Vertreter einer Partei abgelegten Geständnisses modificirt sind, bedarf kaum der Bemerkung.

§§. 97. — 100.

Nach den im ersten Theile vorangeschickten allgemeinen Bemerkungen beruht der äußere Unterschied zwischen Erkenntnissen und Bescheiden darin, daß diese regelmäßig von dem Instructionsrichter, jene aber von dem Gerichte als solchem abgegeben werden; es giebt indeß nach den Bestimmungen der Proceßordnung auch Fälle, in denen Bescheide nicht von dem Instructionsrichter, sondern von dem Gerichte nach vorgängiger Verathung abgegeben werden, und als charakteristisches Merkmal für Erkenntnisse kann hiernach vorzugsweise nur die Thatsache gelten, daß dieselben nur nach vorausgegangener öffentlicher und mündlicher Hauptverhandlung abgegeben werden können. In diesem Sinne ist es aufzufassen, wenn in §. 97. die Verfügungen über die Competenz unter die Kategorie wirklicher Erkenntnisse gesetzt werden, und danach erklärt es sich auf der andern Seite, wenn z. B. nach §. 172. die Kreisgerichte über die Competenz auch durch einen Bescheid verfügen können.

Daß in §. 100. gegen Bescheide, durch welche selbstständige Anträge, also Klagen, Anträge auf Arrestansagen, Provisorien, Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse u. dgl. abgewiesen werden, ohne weiteres wie gegen wirkliche Erkenntnisse Rechtsmittel zugelassen werden, sobald das Verfahren selbst mit dem Bescheide geschlossen

*) Prof. v. G. Febr. 1850.

wird, rechtfertigt sich deshalb, weil diese Bescheide die Folgen wirklicher Erkenntnisse mit sich führen.

§. 104.

Das Durchgreifen nach richterlichem Ermessen, wie es dasjenige Proceßrecht gestattet, hat nach den bisherigen Erfahrungen häufig zu einer Verletzung der Parteienrechte geführt, und der Grundsatz selbst, der überdies selten gleichmäßig angewendet ist, verliert nach dem künftigen Verfahren, welches besonders bei den Amts- und Stadtgerichten im hohen Maße abgekürzt und vereinfacht ist, im Allgemeinen seine Bedeutung, weshalb die Bestimmung dieses §. unbedenklich erscheint.

§. 105.

Ein präjudicieller Antrag, von dessen Entledigung die Entscheidung in der Hauptsache abhängt, kann sehr häufig neben und mit dem Hauptverfahren verhandelt werden; die Frage, ob der Hauptproceß wegen eines solchen Antrages einstweilen zu sistiren sei, wird daher vorzugsweise danach beurtheilt werden müssen, ob durch eine gleichzeitige Verhandlung nicht eine Verwirrung des Verfahrens herbeigeführt und ob nicht im Falle der einstweiligen Sistirung des Hauptprocesses die ganze Sache dennoch schleuniger zur Erledigung gebracht wird.

§. 120.

Der Grundsatz, welcher in diesem §. ausgesprochen wird, daß nämlich die Parteien durch Uebereinkunft alle Fristen unter der Voraussetzung der Beobachtung gewisser Förmlichkeiten erstrecken können, ist ein Ausfluß aus dem Grundsatz, daß die Parteien in jeder Lage des Processes die Herren desselben bleiben müssen. Er ist in der That, wie er in diesem §. ausgesprochen wird, unbedenklich, da der Staat, wenn einmal die Parteien selbst mit einer Verzögerung des Processes einverstanden sind, kein Interesse an der Beschleunigung desselben haben kann.

§§. 123. 124.

Die Vortheile, welche mit den hier gegebenen Bestimmungen gegenüber den bisher befolgten Maximen verbunden sind, gehen im Wesentlichen darauf hinaus:

1) daß eine zweite Restitution wegen derselben Proceßhandlung in keinem Falle ertheilt, und hiermit dem Mißbrauche, der bisher mit der restitutio ob culpam advocati getrieben ist, gründlich vorgebeugt wird;

2) daß die Restitutionsfrist bedeutend beschränkt worden ist;

3) daß die Restitution nur zur Verhütung des Verlustes wirklicher Angriffs- oder Verteidigungsmittel, also Einreden, Repliksen u. dgl. ertheilt wird; und

4) daß in dem Gesetze selbst die Momente hervorgehoben sind, nach denen die Frage zu entscheiden ist, ob die Lage des Processes die Restitution noch zuläßt oder nicht.

Daß übrigens in den vor die Kreisgerichte gehörigen Sachen der Instruktionsrichter über die Restitution entscheidet, ergiebt sich aus §. 173.; eben so bedarf es kaum der Bemerkung, daß die Bestimmungen der §§. 98 — 100. auch auf Bescheide über Restitutionsanträge Anwendung leiden können.

§§. 125 — 136.

Die Grundsätze, von welchen die Proceßordnung in der Materie der Rechtsmittel ausgeht, sind schon oben erörtert; es werden daher hier folgende Bemerkungen genügen.

1) Die Nichtigkeitsbeschwerde, als außerordentliches Rechtsmittel liegt nicht mehr innerhalb der Grenzen des ordentlichen Verfahrens, dieses schließt vielmehr mit dem Erkenntnisse zweiter Instanz ab. Sie hat nur den Zweck, darauf hinzuwirken, daß offenbare Verletzungen der Gesetze beseitigt werden, und die Aussprüche des Cassationshofs müssen in den Fällen, wo sie rechtswidrige Erkenntnisse

aufheben, zunächst von der Seite aufgesaßt werden, daß dadurch die, das positive Recht repräsentirende Rechtsidee geschützt und jede Verletzung derselben wieder aufgehoben wird, daß aber die verletzte Partei nur folgeweise Nutzen daraus zieht. Nach dieser, dem eigentlichen Cassationssystem zum Grunde liegenden Ansicht darf die Verfolgung einer Cassationsbeschwerde niemals unmittelbar in das ordentliche Verfahren eingreifen; sie äußert ihre Wirkung erst dann, wenn das ordentliche Erkenntniß durch den Ausspruch des Cassationshofes beseitigt oder die Ausführung durch einen Vorbescheid wenigstens sistirt ist. Der Nichtigkeitsbeschwerde konnte daher nicht in gleicher Weise, wie der Berufung, Suspensiveffect beigelegt werden.

2) Der unter Nr. 3. des §. 130. erwähnte Nichtigkeitsfall ist dem französischen Rechte entlehnt *); er wird zu den größten Seltenheiten gehören, indeß läßt es sich nicht bestreiten, daß er möglicherweise auch bei uns vorkommen kann, obgleich das Herzogthum nur ein Obergericht hat.

§§. 141 — 145.

Die Bestimmungen über das Armenrecht, welche in diesen §§. enthalten sind, weichen in vielen Beziehungen von den bisher befolgten Grundsätzen ab und sind im Allgemeinen strenger als diese. Das Letzte rechtfertigt sich, wenn man erwägt, daß bei der Ertheilung des Armenrechts die Interessen des Staats, die Interessen der Anwälte und Advocaten der armen Partei, endlich aber die Interessen der Gegenpartei selbst wesentlich mit in Frage kommen. Die Ertheilung des Armenrechtes ist hiernach mit Recht von einer gründlichen Sachprüfung und von einer möglichst genauen Darlegung der Vermögens- und Familienverhältnisse der Bittsteller abhängig gemacht; nicht bloß die Ortsbehörde der armen Partei allein hat aber diese

Verhältnisse zu constatiren, sondern die Atteste der Ortsbehörden sind außerdem von den Landesverwaltungsbehörden einer Controle zu unterziehen, und bei diesem Verfahren steht eine Abstellung der Mißbräuche, welche bisher in Bezug auf die Ertheilung von Armuthszeugnissen haben getrieben werden können und in der That getrieben sind, mit um so mehr Grund zu erwarten, da die Staatsanwaltschaft als ein dritter Factor zu den schon erwähnten Behörden hinzutritt, der nach Maßgabe der von diesen ausgestellten Atteste das Armenrecht zu ertheilen hat. Eben so zweckmäßig wird der in §. 144. vorgeschriebene Armeneid wirken, da derselbe nicht generell auf eine Constatirung des Unvermögens der armen Partei, sondern auf specielle Thatfachen zu richten ist, mithin den Charakter eines Manifestationseides an sich trägt, neben dem übrigens, was beiläufig bemerkt werden mag, die bisher zulässige gewesene juratorische Caution wegfallen muß.

Die Grundsätze, von denen die V.-D. ausgeht, fanden im Allgemeinen von vorn herein Billigung, und nur darüber war man im Zweifel, ob man in den vor die Amts- und Stadtgerichte gehörigen Sachen nicht die Ertheilung des Armenrechtes zweckmäßiger in die Hand der Gerichte selbst legen dürfte. Obgleich man indeß nicht verkannte, daß der Staatsanwaltschaft dadurch, daß dieselbe auch bei der Ertheilung des Armenrechtes in den vor jenen Gerichten anhängigen Sachen mitzuwirken hat, eine nicht unerhebliche Menge von Geschäften übertragen wird, so mußte man doch aus überwiegenden Gründen, namentlich wenn man zu einer Gleichförmigkeit der Entscheidungen über das Armenrecht gelangen und auf der anderen Seite die Unzuträglichkeiten einer Doppelfstellung der Amts- und Stadtgerichte vermeiden wollte, bei den Bestimmungen der V.-D. stehen bleiben.

§§. 146 — 148.

Sehr häufig kommt der Fall vor, daß eine arme Par-

*) Code c. Act. 504. Weßf. V.-D. Act. 425. Nr. 6.

tei: sich mit dem Proceßgegner vergleicht, eine Abfindungssumme von demselben erhält, dies dem eignen Anwalte und dem Gerichte verheimlicht und auf diese Weise den Ersten wie die Staatscasse benachtheiligt. Die in diesen §§. enthaltenen Bestimmungen haben den Zweck, derartigen Unrechtfertigkeiten armer Parteien einen Damm entgegenzusetzen und erscheinen um so mehr angemessen, da sie billige Rücksicht auf dasjenige nehmen, was die arme Partei im vorliegenden Falle erstritten hat.

§§. 149 — 164.

Bei den zur Competenz der Amts- und Stadtgerichte gehörigen Sachen bilden erfahrungsmäßig die geringfügigen und einfachen die Regel; diese Sachen werden daher, ohne daß man eine Verletzung der Rechte der Parteien oder eine Verwirrung des Processes befürchten müßte, sehr wohl mit Hinweglassung des Beweisinterlocuts bis zum Enderkenntnisse instruiert werden können. Allerdings läßt es sich nicht bestreiten, daß in wichtigeren und verwickelteren Sachen die Abgabe eines Beweisurtheils zweckmäßig, ja unerlässlich sein kann; wenn man indeß von dem richtigen Tacte eines gebildeten Richters mit Grund erwarten darf, daß er mit Leichtigkeit die einfachen Sachen von den verwickelteren unterscheiden wird, so erscheint es jedenfalls zweckmäßiger, die Abgabe eines Beweisinterlocuts in den amtsgerichtlichen Fällen nicht als Regel, sondern, wie dies auch bei dem Verfahren über Besitzstörungen vorgeschrieben ist*), als Ausnahme hinzustellen.

§§. 165 — 168.

Der Entwurf wich von den Bestimmungen dieses Titels, wie solche gegenwärtig vorliegen, wesentlich ab, und zur näheren Aufklärung mögen daher hier folgende Bemerkungen Platz finden.

1) Zunächst war vorausgesetzt, daß die Amts- und

*) Vgl. §§. 167. 168.

Stadtgerichte in allen Streitigkeiten über den Besitz zuständig sein sollten; die Gründe, weshalb man auf diese Einrichtung nicht eingegangen ist, sind bereits in den Erörterungen zu dem Gesetze über die Gerichtsverfassung hervorgehoben *), und es genügt deshalb in dieser Beziehung eine Verweisung auf jene.

2) Nach dem Entwurfe sollten ferner außer den Bestimmungen über den jüngsten Besitz auch die Bestimmungen über die Spolienklage aufgehoben werden. Es mußte jedoch bedenklich scheinen, hierauf einzugehen, da jene Klage weniger hinsichtlich des Verfahrens, als hinsichtlich des Proceßrechtes von Wichtigkeit ist. Die Spolienklage trifft im Wesentlichen mit dem interdictum unde vi zusammen, allein sie ist in ihren Erfordernissen weniger beschränkt und in ihren Wirkungen umfassender, so daß dadurch manche Lücke des Römischen Rechts ergänzt wird. Die Befestigung dieser Klage würde daher in manchen Besitzverhältnissen auf eine unangenehme Weise fühlbar geworden sein und sie wird durch die Nothwendigkeit um so weniger geboten, da der Hauptzweck der N.D. nur auf eine Verbesserung des Verfahrens gerichtet ist.

3. Der Entwurf enthielt endlich **) die Bestimmungen, einmal, daß nicht zugleich petitorisch und possessivisch geklagt werden, dann aber, daß wer die petitorische Klage angestellt, die possessivische nicht anstellen könne. Indes auch auf diese Bestimmungen einzugehen, mußte man Bedenken tragen, da sie wesentliche Eingriffe in die jetzt bestehenden Proceßgrundsätze enthielten, und zu einer Beeinträchtigung der Parteienrechte geführt haben würden, welche, so lange die Grundsätze des Proceßrechtes nicht überhaupt nach einem andern Systeme geändert werden, durch die rücksichtlich der Vereinfachung des Verfahrens in Besitzstreitigkeiten mög-

*) Zu §. 19.

**) Vgl. Entw. §§. 150—153.

licherweise zu erzielenden Vortheile keinesfalls ausgeglichen werden. Während es für die eine oder die andere Partei oft von großer Wichtigkeit ist, in und neben dem Hauptproceß den Besitzstand festgestellt zu sehen, läßt es sich überdies nicht behaupten, daß durch die Einführung jener Bestimmungen für das Verfahren erhebliche Vortheile gewonnen sein würden, und man hatte daher um so mehr Grund, in dieser Beziehung bei den bisher befolgten Maximen stehen zu bleiben.

§. 172.

Daß der Präjudicialpunkt über die Competenz, wobei in den geeigneten Fällen nach Maßgabe der Bestimmungen des §. 21 zu verfahren ist, zunächst und vor weiterem Vorschreiten in der Sache selbst festgestellt wird, rechtfertigt sich aus dem Grunde, weil sonst in einzelnen Fällen kostspielige und weitläufige Verhandlungen ohne allen Erfolg und Nutzen veranlaßt werden würden. Daß der Bescheid über die Competenz, wenn das Kreisgericht die Sache an ein untergeordnetes Amts- oder Stadtgericht verweist, nur im Wege der Cassation, sonst aber im Wege der Berufung beseitigt werden kann, ergeben die Bestimmungen der §§. 21 (Nr. 7) und 100.

§. 173.

Der Grundsatz, daß der bestellte Referent (Instructionsrichter) alle Bescheide im ersten sowohl, wie im Beweisverfahren, allein erläßt, hängt mit den Maximen, welche in den §§. 97 ff. aufgestellt sind, genau zusammen und ist wesentlich auf eine Beschleunigung des Proceßganges berechnet. Eben so bezweckt die Bestimmung im zweiten Absätze dieses §. eine Vereinfachung des Verfahrens, indem dadurch die Einlegungen gegen Entscheidungen, welche durch Bescheide getroffen werden können, bis zum Haupterkennnisse hinausgesetzt werden. Die eine wie die andere Bestimmung, namentlich auch die letzte, erscheint in Betracht der kurzen

Fristen, welche die P.-O. überall vorschreibt, völlig unbedenklich.

§. 177.

Die Vorschriften, welche dieser §. über die Einrichtung und den Inhalt der Parteienschriften giebt, sind darauf berechnet, das mündliche Hauptverfahren vor dem Erkenntnisse zu der gebührenden Geltung zu bringen, und mit derselben im nahen Zusammenhange steht die Bestimmung der Tarordnung, daß für Einreden-, Replik- und Duplikatschriften der Regel nach das Honorar nicht über zwei Bogen hoch berechnet und festgesetzt werden darf*). Ähnliche Bestimmungen kennt die französische Gesetzgebung und es bedarf derselben, wenn man die Regel dieses §. zur Geltung bringen und den Uebelstand vermeiden will, daß die Parteien in der mündlichen Hauptverhandlung sich entweder auf die eingereichten Wechselschriften beziehen, oder den Inhalt derselben wiederholen, und daß die Hauptverhandlung selbst damit zum großen Nachtheile für das Verfahren wie für die Ausbildung der Richter und Advocaten zur todten Form herabgedrückt wird.

§§. 182. 183.

Auf die Grundsätze, welche diese §§. befolgt wissen wollen, ist schon in der Einleitung hingedeutet worden; sie enthalten eine Abweichung von dem bisherigen Proceßrechte, und entsprechen zunächst dem Geiste des Verfahrens in bürgerlichen Streitigkeiten, indem danach die Entscheidung über die Beweislast und die Beweisätze, eben so wie alle übrigen Entscheidungen nach vorgängigem contradictorischen Verfahren vom Richter abgegeben und demgemäß auch hier der Grundsatz festgehalten wird, daß der Richter ohne Antrag der Parteien nicht thätig einzuschreiten hat.

Abgesehen hiervon haben aber die Parteien, wenn man erwägt, daß nach dem Systeme, welches die Proceßordnung

*) Bgl. Anl. II. Nr. 19. Bem. E. (S. 251.)

befolgt, der eigentliche Schwerpunkt des ganzen Processes in dem Beweiserkenntnis liegt, unverkennbar das größte Interesse dabei, daß ihnen Gelegenheit gegeben wird, sich über die Beweislast und die Fassung der Beweisfrage auszusprechen, und eben so läßt es sich nicht bestreiten, daß, wenn den Parteien diese Gelegenheit offen steht, das ganze Beweisverfahren gründlicher instruiert, dem Richter aber ein möglichst vollständiges und übersichtliches Material für die Abfassung des Beweiserkenntnisses und eine klarere Einsicht in die Absicht der Parteien gegeben wird.

Da übrigens der Richter überall nach seiner gewissenhaften Ueberzeugung zu erkennen hat, so rechtfertigen sich die Bestimmungen des §. 183. vollkommen, ohne daß von einem Widerspruche zwischen diesen und den Bestimmungen des §. 182. die Rede sein könnte.

§. 184.

Die Thätigkeit des Referenten in der Hauptverhandlung ist im ersten Verfahren eben so wie in der Berufungs- und Cassationsinstanz *) auf eine Ueberwachung und ein Verbessern der Verträge der Parteien beschränkt. Diese Maxime steht mit der Verhandlungsmaxime im Einklange, indem die Parteien danach dem Gerichte das Material, über welches dieses erkennen soll, vor die Augen zu legen haben. Wollte man dagegen etwa zunächst den Referenten über die Sache Vortrag machen lassen und nach ihm die Parteien mit ihren Rechtsausführungen hören, so würde man die Bedeutung der letzten jedenfalls herabsetzen, und eben so in diesem Falle zu unnützen und zeitraubenden Wiederholungen Veranlassung geben, als dies eintreten müßte, wenn man den Referenten nach den Parteien Vortrag über die Sache halten ließe.

§§. 188 — 193.

Bei der von der P. = D. vorgeschlagenen Verbindung der

Beweisantrittung mit dem ersten Verfahren kann nach Abgabe des Beweiserkenntnisses allerdings von einer eigentlichen Beweisantrittung nicht mehr die Rede sein, und die im §. 188. berührte Schrift ist deshalb auch nicht als Beweisantrittung bezeichnet. Dagegen stellt sich eine Schrift, in welcher die einzelnen Beweispunkte mit den zur Herstellung derselben zu benutzenden Beweismitteln speciell hervorgehoben werden, aus naheliegenden Gründen als nothwendig heraus, einmal damit das für die Beweisinstanz erhebliche Material übersichtlich zusammengestellt vorliegt, dann aber, weil erst das Beweiserkenntnis den Parteien einen sicheren Anhaltspunkt an die Hand giebt und sie in den Stand setzt, die erheblichen Thatfachen und Beweismittel, welche sie in den Wechselschriften angeführt haben, von den unerheblichen zu sondern. —

Daß dagegen die Parteien nach §. 190. rücksichtlich der Wahl der Beweismittel an die bis zum Beweiserkenntnis angegebenen gebunden werden, erscheint unerlässlich, wenn man nicht die Bestimmungen über die Verbindung der Beweisantrittung mit dem ersten Verfahren ganz illusorisch machen will.

§. 196.

Bei den Verhandlungen über die Bestimmungen der P. = D. über die Beweisaufnahme wurde der Antrag gestellt *), die in diesem §. hervorgehobenen Ausnahmen zur Regel zu erheben, also die Beweisaufnahme in die öffentlichen Gerichtssitzungen zu verweisen. So wenig sich indes bestreiten ließ, daß diese Maxime mit der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens im Einklange stehen würde, so mußte man doch davon absehen, und zwar zunächst aus finanziellen Rücksichten, indem man, wenn man auf jenen Antrag hätte eingehen wollen, das Personal bei

*) Bgl. §§. 227. 339.

*) Bgl. Prot. v. 6. Febr. 1850. (S. 117.)

allen Kreisgerichten, um die zu diesem Ende nöthigen Arbeitskräfte zu gewinnen, jedenfalls hätte verdoppeln müssen.

Abgesehen hiervon würde man aber die Beweisaufnahme, wenn man dieselbe in die öffentlichen Sitzungen hätte verweisen wollen, nicht in der Vollständigkeit und Gründlichkeit haben herstellen können, wie dies nach den Bestimmungen der V.-D. möglich ist, und man würde daher, was jedenfalls im hohen Grade für bedenklich gehalten werden müßte, ähnlich, wie im Strafproceß, das Urtheil über die Beweisführung als inappellabel haben hinstellen müssen.

§§. 198—208.

Das Bedürfnis eines abgekürzten oder summarischen Verfahrens vor den Kreisgerichten für solche Sachen, welche sich theils wegen ihrer Geringfügigkeit und Einfachheit, theils wegen der besondern Beschaffenheit des Streitgegenstandes zu einer schnelleren Erledigung eignen, tritt allerdings nach der Natur des künftigen Verfahrens im ordentlichen Proceß weniger dringend hervor, als es bisher der Fall gewesen ist; allein das ordentliche Verfahren würde in dieser Beziehung auch künftig trotz seiner Vereinfachung und Abkürzung nicht allen Anforderungen genügen und es rechtfertigt sich daher, wenn die V.-D. in dieser Rücksicht dem Beispiele anderer neuerer Proceßordnungen gefolgt ist.

Der wesentlichste Unterschied zwischen dem ordentlichen und summarischen Verfahren liegt, wie dies oben bereits angedeutet wurde, darin, daß im Ersten das Beweisurtheil die Regel, im Letzten aber nach §§. 203. und 205. die Ausnahme ausmacht, daß mit der Klage und der Vernehmung die als Beweismittel dienenden Urkunden zugleich abschriftlich producirt werden müssen, und daß das Erkenntnis sofort nach der Beweisaufnahme, welche hier regelmäßig in öffentlicher Sitzung erfolgt, abgegeben werden muß.

§§. 212. 213.

Der Entwurf hatte für die hierher gehörigen Fälle vorgeschlagen *), daß das Gericht, wenn es durch die vorläufige Sachuntersuchung einen auf Wahnsinnigkeits- oder Blödsinnigkeitserklärung gerichteten Antrag ungewisselt begründet finde, die Wahnsinnigkeits- oder Blödsinnigkeitserklärung sofort durch ein Erkenntnis aussprechen solle. In einem solchen Erkenntnis würde indeß lediglich eine, in gerichtliche Formen eingekleidete polizeiliche Verfügung gelegt haben, und hiermit würden die Rechte der Staatsangehörigen überall nicht genügend gewahrt, vielmehr würde insofern, als man von der einseitigen Untersuchung der Gerichte die Verfügung über die Selbstständigkeit und Freiheit eines Menschen abhängig gemacht hätte, ein gefährliches Princip sanctionirt sein. In dem Entwurfe war allerdings die Nothwendigkeit der Vernehmung des Beklagten eben so wie in §. 212 vorgeschrieben; allein hiermit würden jene Bedenken offenbar nicht beseitigt sein. Denn wenn das Gericht aus der Vernehmung des Beklagten die Ueberzeugung gewinnen soll, daß sofort eine Wahnsinnigkeits- oder Blödsinnigkeitserklärung auszusprechen sei, so würde dies einen solchen Grad von Wahnsinn oder Blödsinn voraussetzen, daß danach die Vernehmung des Beklagten zur Vertheidigung desselben gegen die Klage ohne alle rechtliche Bedeutung sein müßte. Will man daher den Beklagten nicht ohne alles rechtliche Gehör verurtheilen, so muß demselben in dem Falle, wo nach einer vorläufigen Sachuntersuchung der Klagantrag nicht völlig verwerflich erscheint, durch einen zu diesem Zwecke zu bestellenden Curator Gelegenheit zu seiner Vertheidigung gegeben und ein förmliches contradictorisches Verfahren angeordnet werden.

§. 218.

Die Pflichten und Geschäfte des Procurators (cu-

*) Entw. §§. 201. 202.

rator ad litem; vgl. §. 213.) können in einzelnen Fällen mit den Pflichten und Geschäften des definitiv anzustellenden Curators collidiren; es erschien daher im Interesse des Curanden wünschenswerth, den Proceßcurator von der eigentlichen Curatel ganz auszuschließen.

§§. 220 — 228.

Die Bestimmungen dieses Titels finden ihre nähere Erläuterung schon in den allgemeinen, im ersten Theile enthaltenen Erörterungen über das Verfahren in zweiter Instanz und es bedarf hier nur der Bemerkung, daß die Ausnahme, deren in §. 220. Erwähnung geschieht, nur bei dem Stadtgerichte Braunschweig und dem Amtsgerichte Thedinghausen eintreten kann, indem nur diesen Gerichten eine erweiterte Competenz zugestanden ist *).

§. 232.

Nach der Fassung des Entwurfs**) sollte der Antrag auf Anlage eines Arrestes oder einer Sequestration nur im Falle der dringenden Gefahr des Verlustes eines bereits begründeten Klaganspruchs zulässig, hiernach würden aber die Fälle ausgeschlossen gewesen sein, wo Jemand berechtigt ist, wegen eines noch nicht fälligen oder begründeten Anspruchs von dem Verpflichteten eine Caution zu fordern. Es sind dies solche Fälle, wo dem Berechtigten von einer Seite her durch Nachlässigkeit oder Bosheit die Gefahr eines Vermögensverlustes droht, ein Anspruch auf Schadenersatz aber nicht eher begründet wird, als bis der Verlust wirklich eingetreten ist, und diese Fälle stehen unstreitig, rücksichtlich der dringenden Gefahr des Verlustes, mit den Fällen bereits begründeter Klagansprüche auf einer Linie.

§. 234.

Bei den Verhandlungen über diesen §. kam es zur

Frage, ob man das Arrestgesuch, wenn es als selbstständiger Antrag eingebracht wird, ausschließlich, wie dies der Entwurf vorgeschlagen hatte *), an das Gericht, in dessen Bezirke die Sache oder Person betroffen wird, verweisen wollte oder nicht. Jede Beschränkung in dieser Beziehung würde sich aber um so weniger rechtfertigen, da man dadurch eben so häufig eine Verweilung des Verfahrens veranlassen, als dem Arrestkläger die Verfolgung seiner Ansprüche erschweren würde. Uebrigens läßt es sich nicht verkennen, daß es dem Zwecke der Bestimmungen über den Arrestproceß, der eben darauf hinausgeht, dem Arrestkläger das Ergreifen von Sicherungsmaßregeln in dringenden Fällen so viel als möglich zu erleichtern, bei weitem mehr entspricht, wenn man eine Wahl unter verschiedenen Gerichtsständen gestattet, als wenn man die ausschließliche Competenz eines einzigen Gerichtsstandes feststellt.

§. 235.

Die Bestimmungen dieses §. hängen mit den Bestimmungen im §. 19. des Gesetzes über die Gerichtsverfassung zusammen und in den Erörterungen zu dem Gesetze sind bereits die Gründe auseinandergelegt, welche es veranlassen haben, von dem Plane, den Amts- und Stadtgerichten eine ausschließliche Competenz für Arrestanlagen zuzusprechen, wieder abzugehen. Im Uebrigen bedarf es kaum der Bemerkung, daß die im ersten Absätze dieses §. erwähnten Bescheide zu den im §. 100. berührten gehören.

§§. 243 — 252.

Was die Voraussetzungen für den Executivproceß anlangt, so ging der Entwurf**) von dem Grundsatz aus, daß alle Punkte des Klaganspruchs durch Privaturfunden oder öffentliche Urkunden nachgewiesen werden müssen, und demgemäß würde streng genommen auch die Passivlegitima-

*) Ges. über die Ger.-Verf. §. 19.

**) Entw. §. 160.

*) Entw. §. 162.

**) Entw. §. 224.

tion durch solche Urkunden zu beschaffen gewesen sein. Da es indeß in sehr vielen Fällen, besonders wenn eine Klage gegen die Erben des ursprünglichen Schuldners gerichtet werden muß, dem Kläger sehr schwer fällt, sich die erforderlichen Urkunden zur Nachweisung der Passivlegitimation zu verschaffen, so erscheint es jedenfalls zweckmäßig, die Nachweisung dieser, wie solches §. 245. vorschreibt, durch die gewöhnlichen Beweismittel, und zwar mit Einschluß der Eideszuschiebung in einem Zwischenverfahren, welches nach den Bestimmungen über den ordentlichen Proceß durchzuführen ist, zu gestatten.

Eben so angemessen erscheint es aber, wenn in §. 246. dem Kläger gestattet wird, den Beweis der Richtigkeit der von ihm zur Begründung seines Klaganpruchs beigebrachten Urkunden durch die gewöhnlichen Beweismittel, hier jedoch natürlich mit Ausschluß der Eideszuschiebung, herzustellen. Augenscheinlich würde der Kläger, wenn man diese Maxime nicht hätte annehmen, sondern, wie es der Entwurf vorschlug *), den Zeugen, falls derselbe es auf die Ableistung des Diffessionseides nicht ankommen lassen wollte, hätte nöthigen wollen, von dem Verfahren abzusehen und sich in angebrachter Weise mit der erhobenen Klage abweisen zu lassen, in eine höchst üble Lage gebracht werden, ohne daß man eine solche Strenge hinlänglich rechtfertigen könnte. Man durfte sich denn auch für die Bestimmungen des §. 246. um so eher entscheiden, da es sich in dieser Beziehung um denselben Grundsatz handelte, der schon in §. 6. des Gesetzes über den Wechselproceß vom 11. Januar 1849 ausgesprochen war und der auch von der P.-O. in §. 257. beibehalten ist; daß dagegen nach dem Mißlingen des Beweises der Richtigkeit das Zurückgreifen auf den Diffessionseid nicht gestattet wird, rechtfertigt sich nach den

Grundsätzen, welche die P.-O. in Bezug auf die eventuelle Eidesdelation befolgt, vollkommen *).

Schließlich mag darauf hingewiesen werden, einmal, daß für diejenigen Ansprüche, welche nach §. 243. im Executionsproceß, auch wenn sie sich auf öffentliche oder Privaturkunden stützen, also z. B. für Geldforderungen aus zweiseitigen Rechtsgeschäften und Forderungen auf Leistungen anderer Art, in den meisten Fällen der summarische Proceß ein schnelleres Verfahren sichert, dann aber, daß nach Maßgabe der Bestimmungen der P.-O. über executorische Urkunden **) künftig weniger als bisher, auf den Grund öffentlicher Urkunden im Executionsproceß zu verfahren sein wird.

§§. 253—267.

Dieser Titel giebt, geringe Abweichungen abgerechnet, im Wesentlichen die Bestimmungen des bereits oben angeführten Gesetzes über den Wechselproceß vom 11. Januar 1849 wieder; im Uebrigen gelten, was die einzelnen Grundsätze, namentlich in §. 253. und §. 256. über die Passivlegitimation, so wie in §. 257. über den Diffessionseid und den Beweis der Richtigkeit der vom Kläger beigebrachten Urkunden anlangt, die Bemerkungen, welche zu den §§. 243 ff. gemacht sind.

Daß in §. 253. nur solche dilatorische Einreden zugelassen werden, welche den Mangel einer Voraussetzung der Rechtsbefähigung des Verfahrrens betreffen, kann allerdings auf den ersten Blick hart erscheinen, indem nach dieser Bestimmung namentlich die Einrede der Grundung im Wechselverfahren ausgeschlossen ist. Der Wechselschuldner hat es indeß auf der einen Seite in der Hand, sich diese Einrede durch eine Prolongation des Wechsels zu sichern, während auf der andern Seite Ansprüche auf Schadeners-

*) Entw. §. 226.

*) Bgl. oben zu §. 88.

**) §. 263.

satz, welche in einer solchen Stundung ihre Basis etwa finden mögten, nach dem Schlusssatz des §. 258. im Wege der Widerklage wenigstens vor dasselbe Forum gebracht werden können.

§§. 268—273.

Im Wesentlichen giebt dieser Titel die bisher in Bezug auf Provocationen bereits befolgten Normen wieder, und es bedarf dabei kaum der Bemerkung, daß die Bestimmungen des §. 270. unter Vorbehalt der Bestimmungen der V.-O. über die Competenzfrage, und, wenn die Sache vor ein Kreisgericht gehört, auch unter Vorbehalt der Bestimmungen des §. 172. zu verstehen sind.

Die Vorschriften in §. 272. sind neu und betreffen vorzugsweise die Fälle des *novi operis nunciatio* des Römischen Rechts; wenn im Uebrigen in §. 273. ganz allgemein das in den §§. 270. und 271. vorgeschriebene Verfahren auch auf die Fälle des §. 272. ausgedehnt wird, so werden dadurch Abweichungen, welche die Natur des Fragefalls nothwendig erscheinen lassen, nicht ausgeschlossen.

§§. 274—282.

Die Bestimmungen dieses Titels, welche im Wesentlichen ebenfalls die bisher befolgten Normen wieder geben, gewähren auf der einen Seite den Vortheil, daß sie künftig in den hierher gehörigen Fällen ein gleichmäßiges Verfahren vor allen Gerichten des Landes veranlassen, während sie auf der andern Seite der bisher befolgten Praxis den Stempel der Gesetzmäßigkeit aufdrücken, die man früher in vielen Fällen nicht ohne Grund in Zweifel ziehen konnte.

§§. 283—287.

Was die Voraussetzungen betrifft, unter denen nach §. 283. Editionsgesuche überhaupt zulässig sein sollen, (so forderte der Entwurf*) unter Nr. 2. die wahrscheintlich

gemachte Behauptung, daß der Gegner des Antragstellers die Urkunde besitze, und unter Nr. 4. die Versicherung eines rechtlichen Interesses des Antragstellers bei der Herausgabe derselben.

In der ersten Beziehung würde man indeß zu weit gegangen sein, wenn man hätte bei dem Vorschlage des Entwurfs stehen bleiben wollen, indem eines Theils die einfache Behauptung des Antragstellers vorläufig zur Einleitung eines Verfahrens genügt und die Angabe der Beweismittel nach den sonstigen Bestimmungen der V.-O. mit dem Editionsgesuche zu verbinden ist, während andern Theils der Begriff der Wahrscheinlichkeit in der Anwendung zu Zweifeln und Schwanungen führen würde. In der letzten Beziehung ist es dagegen nicht zu übersehen, daß auch der Ausdruck »Verscheinigung« eine verschiedene Auffassung zuläßt, und man darf sich deshalb um so eher mit einer einfachen Angabe des rechtlichen Interesses des Antragstellers begnügen, da auch hier die Beweismittel über die Thatfachen, auf welche sich jenes stützt, gleichzeitig mit dem Antrage selbst anzugeben sind.

Daß nach §. 284. über Editionsgesuche in jedem Falle ein besonderes Verfahren angeordnet, und, wenn sie in einem anhängigen Rechtsstreite angebracht werden, der Hauptproceß sistirt werden soll, rechtfertigt sich, weil ohne das leicht Verwirrungen veranlaßt werden könnten, und in keinem Falle bei einer gleichzeitigen Verhandlung eine schärfere Erledigung des Hauptprocesses zu erwarten sein würde.

§§. 288—298.

Die Bestimmungen dieses Titels geben in der Hauptsache die Vorschriften des Gesetzes vom 20. Sept. 1838, das Verfahren bei Abhörnung von Zeugen zum ewigen Gedächtnisse betreffend, und des Tit. 53. der Hofgerichtsordnung wieder. Sie stellen sich als unerläßlich heraus, wenn man nicht die Parteien nöthigen wollte, künftig eine etwa erforderliche Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse vor

*) Entw. §. 282.

Notar und Zeugen vornehmen zu lassen, und hierzu konnte man sich um so weniger verstehen, da derartige Acte, zu denen der Gegner des Beweisführers unter keinem Präjudice hätte vorgeladen werden können, in den meisten Fällen ohne Erfolg hätten bleiben müssen.

§§. 307. 308.

Wenn unter Nr. 3 in §. 307. als Vorbedingung für die Einleitung eines Concursverfahrens der Antrag eines Gläubigers gefordert, mithin das Einschreiten der Gerichte von Amts wegen ausgeschlossen wird, so rechtfertigt sich dies durch die Rücksicht, daß es zunächst eben Sache der Gläubiger ist, sich darüber zu entscheiden, ob sie die Vertheilung der Masse der Rechtlichkeit des Beneficialerben glauben anvertrauen zu dürfen oder nicht.

Wenn dagegen in §. 308. für den Fall der Insolvenz-erklärung des Schuldners eine vorläufige Sachuntersuchung vorgeschrieben wird, so liegt diese Maßregel im Interesse der Gläubiger, und zwar vorzugsweise wegen der Wirkungen, welche die Concursöffnung in Bezug auf ein bereits eingeleitetes Vollstreckungsverfahren äußert *).

§. 309.

Das Präjudiz, welches in diesem §. unter Nr. 1. ausgesprochen ist, gewährt den Vortheil, daß man damit bei weitem eher zu einem sicheren Abschlusse des ganzen Concursverfahrens gelangt, als mit jedem andern, namentlich mit dem, daß in den hierher gehörigen Fällen rücksichtlich der ausbleibenden Gläubiger eine ablehnende Erklärung angenommen werden sollte. Bedenklich könnte dieses Präjudiz allerdings erscheinen, wenn man es, was namentlich Nachlaßverträge betrifft, darauf abgesehen hätte, die römischrechtlichen Bestimmungen, welche derartige Verträge über insolvente Erbmassen betreffen, auf jede beliebige Concursmasse ohne Unterschied auszudehnen, indem man dadurch unver-

kennbar für Chirographarische Gläubiger indirect einen Zwang sanctioniren würde, ihre Ansprüche gegen eine unzureichende Masse zu verfolgen, während sie es vielleicht für zweckmäßiger halten können, die Verfolgung dieser Ansprüche bis zu einer Verbesserung der Vermögensumstände des Erblassers zu verschieben. Von einer solchen Absicht gehen indes die Bestimmungen dieses §. nicht aus.

Der Zweck der Verhandlungen über Nachlaßverträge ist eben auf die Beilegung des Concursverfahrens und der concursmäßigen Vertheilung der vorhandenen Masse gerichtet und die Masse repräsentirt so zu sagen die Partei, mit welcher die Gläubigerschaft accordirt. Nachlaßverträge wirken hiernach im Wesentlichen nur in Bezug auf die vorhandene Masse, und sie hindern die consentirenden oder die durch die Majorität gezwungenen Gläubiger eben so wenig, den nachmals vermögend gewordenen Schuldner auf den Grund der ursprünglich Verbindlichkeit in Anspruch zu nehmen, als sich dies nach dem Sage unter Nr. 2. von den Gläubigern behaupten läßt, welche von der Concursmasse ausgeschlossen sind.

Von diesem Gesichtspunkte aus aufgefaßt, erscheint der von der P.-D. angenommene Grundsatz völlig unbedenklich, indem danach den Rechten der Gläubiger selbst in keiner Beziehung zu nahe getreten wird.

§§. 314. 315.

Bei kleineren Gütermassen wird es unbedenklich sein, dem Concursanwalte zugleich die Güterpflege zu übertragen, dagegen würde bei größeren Massen diese Einrichtung sich ebenso wenig bewähren, als es zu billigen sein würde, wenn man dem Güterpfleger die Führung der im Interesse der Masse anzustellenden Prozesse übertragen wollte. Bei der Wahl des Concursanwalts muß künftig vorzugsweise darauf Bedacht genommen werden, daß derselbe ein tüchtiger, gebildeter Jurist ist, während es bei dem Güterpfleger mehr darauf ankommt, daß derselbe ein erprobter Geschäftsmann

*) Vgl. §§. 267. 308.

ist. Hat man aber einmal neben dem Letzten einen besondern Concursanwalt, so erscheint es auch als das bei weitem Zweckmäßigste, diesem die Führung der Prozesse für die Masse zu übertragen.

Die Bestellung eines Gläubigerausschusses zur Ueberwachung der Verwaltung größerer Gütermassen, hat sich an anderen Orten, wo man diese Einrichtung schon früher gekannt hat, bewährt gezeigt; der Ausschuss wird durch sein eigenes Interesse angetrieben, so viel als möglich auf eine zweckmäßige Verwaltung und auf eine rasche Verfüßigung der Masse hinzuwirken, und dies wird er, wenn bei der Wahl desselben umichtig zu Werke gegangen wird, in den meisten Fällen mit Erfolg thun. Daß man auch den Concursanwalt bei der Anstellung von Processen an seine Zustimmung bindet, erscheint räthlich und zweckmäßig, nicht nur deshalb, weil man auf diese Weise die Masseinteressenten vor einer einseitigen Auffassung des Ersten sichert, sondern auch deshalb, weil der Gläubigerausschuss, namentlich wenn es sich um die Einklagung ausstehender Forderungen handelt, meistens besser über die Zahlungsfähigkeit des Masseschuldners unterrichtet sein wird, als der Concursanwalt.

§. 318.

Die Bestimmungen dieses §., welche allerdings eine Abweichung von dem in §. 5. ausgesprochenen Grundsatz enthalten, haben in Billigkeitsrücksichten, namentlich darin ihren Grund, daß man den einzelnen Gläubigern ohne das in vielen Fällen die Verfolgung ihrer Ansprüche im Concurs unverhältnißmäßig vertheuern würde.

§. 328.

Die Maximen, welche nach diesem §. bei Einlegungen gegen ein Prioritätskenntniß zu befolgen sind, bezwecken eine Vereinfachung des Verfahrens in der zweiten Instanz. Den bei einer Einlegung betheiligten Gläubigern soll Gelegenheit gegeben werden, gleichzeitig bei der Erörterung über die gegen sie gerichteten Beschwerden auf eine Feststellung ihres

Rechtsverhältnisses zu den übrigen Mitgläubigern hinzuarbeiten, hierdurch aber soll es möglich gemacht werden, daß auch in der zweiten Instanz in einem zusammenhängenden Verfahren die Rangordnung sämmtlicher bei der Verfolgung eines Rechtsmittels direct oder indirect betheiligter Gläubiger festgestellt wird.

Die Zweckmäßigkeit dieser Einrichtung liegt auf der Hand, und wenn sie auch begreiflicher Weise die Prioritätsstreite nicht verringert, so ist doch namentlich der Vortheil damit verbunden, daß sämmtliche, in einem Concurs auftauchende Streitigkeiten über die Priorität, und damit das ganze Concursverfahren selbst schneller erledigt werden, als es nach den bisher befolgten Maximen denkbar war.

§. 330.

Die Schlussbestimmung dieses §. ist ebenso, wie die Vorschrift, daß ausstehende Forderungen einzelnen Gläubigern mit deren Zustimmung zum Einklagen an Zahlungsstatt überwiesen werden können, darauf berechnet, einen Mißbrauch abzustellen, wonach die Kosten der für die Masse, besonders zum Zwecke der Vervollständigung derselben zu führenden Prozesse von der ganzen Masse bisher bestritten zu werden pflegten, so daß mithin sehr häufig auch diejenigen Gläubiger, welche ein unbestreitbares Prioritätsrecht hatten und bei der Vervollständigung der Masse durchaus nicht interessiert waren, im ungünstigen Falle zu den Kosten von Processen beitragen mußten, welche zum Besten schlechterer Gläubiger geführt wurden. Hier und dort ist sogar der Fall vorgekommen, daß Gläubiger, welche vorläufig abgefunden und aus der Gläubigerschaft ausgeschlossen waren, einen Theil ihrer Forderungen zum Zwecke der Deckung von Processkosten haben zurückzahlen müssen; ein solches Verfahren muß aber nicht nur die Rechtspflege selbst in Mißachtung bringen, sondern es rechtfertigt sich auch in keiner Beziehung und steht mit den Grundsätzen des §. 329. durchaus nicht im Einklange.

§§. 332 — 349.

Ueber die Aufhebung der dritten Instanz ist das Erforderliche bereits in den Erörterungen zu dem Gesetze über die Gerichtsverfassung *) bemerkt; es kann daher auf diese hingewiesen werden. Im Uebrigen enthalten diese sowie die folgenden beiden Titel eine consequente Durchführung der allgemeinen, in den §§. 125 ff. aufgestellten Grundsätze und es bedarf daher nur noch weniger Bemerkungen, zunächst über §. 340.

Wenn dem Appellanten seiner Seits eine angemessene Frist zur Vorbereitung auf die mündliche Hauptverhandlung offen steht, so erscheint es billig, dem Appellaten, wenn derselbe es für nicht angemessen hält, den Vortrag des Gegners in derselben Sitzung zu beantworten, ebenfalls eine angemessene Frist zur Vorbereitung auf seinen Vortrag einzuräumen, es wäre denn, daß das Gericht sich nach der Rechtfertigung des Appellanten für die Abweisung der Berufung entscheiden zu müssen glaubt.

In §. 344. ist sodann bestimmt, daß über Berufungen gegen Erkenntnisse des Obergerichts, wenn zwei Senate vereint in erster Instanz erkannt haben, die drei Senate des Obergerichts erkennen sollen und hiernach kann allerdings der Fall eintreten, daß in der Berufungsinstanz mehr Mitglieder votiren, als in der Cassationsinstanz, welche nach den Bestimmungen der V.-O. auch in diesem Falle den Parteien nicht abgeschnitten werden kann. Dieser Uebelstand läßt sich indeß einmal, da mit dem künftigen öffentlichen und mündlichen Verfahren die Actenverfälschung an Spruchcollegien nicht in Einklang zu bringen sein würde, nicht beseitigen; abgesehen hiervon werden aber die Fälle, in denen zwei Senate des Obergerichts in erster Instanz zu erkennen haben, zu den größten Seltenheiten gehören, und jener Uebelstand wird daher schwerlich fühlbar hervortreten.

*) Bgl. §. 1.

§. 352.

Der Entwurf *) wollte die Nichtigkeitssklage auch in dem Falle zulassen, wenn das Gericht dem Kläger oder Beklagten hinsichtlich einer wesentlichen proceßualischen Handlung, zu deren Vornahme dieselben unbedingt berechtigt waren, das rechtliche Gehör entzogen oder verweigert hatte. Fälle dieser Gattung gehören indeß nicht in den Bereich der Nichtigkeitssklage, sondern unstreitig in den Bereich der Beschwerden wegen verweigerter Justiz oder der Nichtigkeitsbeschwerden, welche sich, wenn die verletzte Partei dieselben zeitig geltend macht, im Laufe des Processess erledigen lassen, so daß mithin kein Grund vorliegt, den Parteien in diesen Fällen noch die Nichtigkeitsklage zu gestatten.

§. 355.

1. Die Resstitutionsklage sollte nach dem Entwurfe **) auch gestattet werden, wenn die Unächtheit einer Urkunde, auf deren Grundlage eine Verurtheilung erfolgt war, nachgewiesen würde. Der Begriff der Unächtheit, wenn derselbe neben dem Begriffe der Verfälschung einer Urkunde besonders hingestellt wird, kann indeß nur auf den Mangel oder die Unvollständigkeit der vorgeschriebenen Formen bezogen werden, und die Unächtheit einer Urkunde ist daher, wenigstens für einen Sachverständigen, leicht erkennbar, so daß ein Uebersehen derselben im Civilproceß nur die Folge des eigenen Verschuldens der Partei sein kann. Das eigene Verschulden der Partei kann aber keinen Grund an die Hand geben, diese zu einer Rechtswohlthat zuzulassen, welche nur den Zweck hat, eine durch ungewöhnliche Umstände verletzte Partei gegen die Folgen des strengen Rechtes zu sichern.

2. Bei den Resstitutionsgründen unter 1. und 3. wird allerdings als Regel angenommen, daß die Verurtheilung des Meineidigen oder Urkundenfälschers im Strafverfahren

*) Entw. §. 322. Nr. 6.

**) Entw. §. 325. Nr. 2.

erfolgt sein muß, dagegen ist hier, abweichend von den Bestimmungen der Strafproceßordnung *), dem Restitutionskläger auch der Beweis des Meineides und der Urkundenfälschung ausnahmsweise nachgelassen. Der Grund dieser Abweichung liegt vorzugsweise darin, daß dieser Beweis im Civilproceß bei weitem eher ohne Gefahr für das Ansehen der Geseze und der rechtsprechenden Gerichte gestattet werden kann, als im Strafverfahren, und daß der Restitutionskläger ohne das in den Fällen, wo die Einleitung einer Untersuchung gegen den Meineidigen oder Fälscher den Verhältnissen nach unmöglich ist, völlig rechtlos dastehen würde.

§§. 360 — 362.

Der Grundsatz, daß das Vollstreckungsverfahren vor die Amts- und Stadtgerichte gehört, ist schon in dem Geseze über die Gerichtsverfassung **) ausgesprochen, jedoch in §. 361. und §. 362. insofern näher erläutert worden, als die Vollstreckung aller obergerichtlichen Entscheidungen, welche nicht auf bares Geld gehen, jenen Gerichten nur commissarisch übertragen werden soll.

Diese Beschränkung war erforderlich, einmal, wenn man nicht die Amts- und Stadtgerichte durch die Uebertragung der Vollstreckungsinanz übermäßig belasten wollte, dann aber, wenn man sich die Proceßhandlungen vergegenwärtigte, auf welche es möglicher Weise in den Sachen, in welchen die Endentscheidung nicht auf bares Geld geht, noch ankommen kann. Es handelt sich in diesen Fällen, z. B. wenn der Beklagte zu einer Leistung, oder zu einer Unterlassung, oder zur Erfüllung eines Contractes verurtheilt ist, häufig um die Feststellung des Interesses des Klägers, und wenn man sich einmal, wie es die P.-D. gethan hat, ohne Rücksicht auf die Schwierigkeit eines Rechtsfalls lediglich durch den höheren Werth des Streitgegenstandes bestimmen läßt,

*) §. 173.

**) §. 19.

den Rechtsstreit vor ein Collegialgericht zu verweisen, so hat man noch viel mehr Grund, auch die Liquidationsinstanz in Sachen über 50 Thlr. den Kreisgerichten vorzubehalten, da das Verfahren in dieser Instanz regelmäßig mehr Schwierigkeiten bietet, als das ganze erste Verfahren.

Was die Frage anlangt, in welcher Lage der Sache die Kreisgerichte in den hierher gehörigen Fällen die Amts- und Stadtgerichte mit den erforderlichen Vollstreckungshandlungen beauftragen können, so ergiebt sich deren Beantwortung aus der Natur der Sache von selbst, indem von Vollstreckungshandlungen erst dann die Rede sein kann, wenn eine Entscheidung vorliegt, welche geeignet ist, als Anhaltspunkt für die in §. 371. berührten Verfügungen zu dienen. Handelt es sich daher um eine Leistung, welche im Wege der Execution nicht beigeschrieben werden kann, so wird erst das Interesse des Obfliegenden, sei es durch den Schätzungseid oder auf welche Art sonst, festgestellt und zurkannt sein müssen, das Amtsgericht mithin, abgesehen von den Fällen der Nothwendigkeit, nicht mit Proceßhandlungen, z. B. der Abnahme des Schätzungseides, Vernehmung von Schätzern, Verhandlungen über die Zulässigkeit des Schätzungseides u. dgl. beauftragt werden können, welche der endlichen Entscheidung über das Object, auf welches die Vollstreckung zu richten ist, als Grundlage dienen müssen.

Daß die Amts- und Stadtgerichte durch die Uebertragung der Vollstreckungsinanz einen zu bedeutenden Zuwachs an Geschäften erhalten mögten, wurde, was hier beiläufig erwähnt werden mag, allerdings von einigen Seiten her befürchtet; diese Befürchtung dürfte sich indeß als ziemlich grundlos herausstellen, wenn man erwägt, daß es sich in den meisten Fällen, was die positive Thätigkeit der Amtsrichter anlangt, regelmäßig nur um eine Verfügung und um die Aufsicht über die Thätigkeit des Gerichtsvollziehers handelt, und daß in der einen wie in der andern Beziehung

nur ausnahmsweise ein größerer Zeitaufwand erforderlich sein wird.

§. 363.

Die Erfordernisse, welche dieser §. für die Vollstreckbarkeit öffentlicher Urkunden *) vorschreibt, bezwecken theilweise eine Sicherung der Interessen des Schuldners, und namentlich ist dies der Fall, soweit eine ausdrückliche Erklärung der Contrahenten in Bezug auf die Vollstreckbarkeit der Urkunde zur Vorbedingung erhoben wird. Auf der anderen Seite bezweckt aber die Bestimmung, daß nur solche Urkunden für vollstreckbar erklärt werden können, welche ein einseitiges Geschäft zum Gegenstande haben und eine Forderung auf bares Geld begründen, eben sowohl die Sicherung des Schuldners, dem ohne das die Gelegenheit entzogen werden würde, seine Gegenforderungen und sonstigen, aus dem Geschäfte selbst entspringenden Einreden in demselben Verfahren geltend zu machen, als sie darauf berechnet ist, nur wirklich klare und einfache Suldforderungen in dieses bevorzugte Verfahren gelangen zu lassen. So weit eben solche Forderungen in Frage stehen, erscheinen die Bestimmungen dieses §. völlig unbedenklich, da in den bei weitem meisten Fällen die Nichterfüllung derartiger Verbindlichkeiten Seitens des Schuldners nicht sowohl in begründeten Einreden, als vielmehr in einem Mangel des guten Willens oder des Vermögens, Zahlung zu leisten, ihren Grund zu haben pflegt.

§. 381.

Das Recht der Abjudication, welches hier dem vollstreckenden Gerichte in einem größeren Umfange zugestanden wird, als ihn das gemeine Recht kennt, hat jedenfalls den Nutzen, daß das Vollstreckungsverfahren den Berechtigten in den unbestreitbaren Besitz des ihm gebührenden Objectes setzt und alle späteren Erörterungen über den Erwerb ding-

licher Rechte Seitens des Letzten abschneidet. Allerdings haben die Gerichte schon bisher von der Befugniß der Abjudication auch in den Fällen, wo das römische Recht eine solche nicht ausdrücklich gestattete, Gebrauch gemacht; die Wirksamkeit derartiger Abjudicationen würde indeß in allen solchen Fällen mit Recht haben bestritten werden können.

§. 388.

Die Bestimmung im Schlusssatze dieses §. bezweckt eben so wohl eine Sicherung der Ansprüche des Gläubigers, als sie darauf berechnet ist, dem Schuldner die Möglichkeit zu entziehen, sich durch unrechtlüche Mittel, namentlich durch simulirte Anweisungen, Cessionen und Verpfändungen vor den Ansprüchen des Gläubigers zu sichern.

§. 389.

In dem Entwurfe war der erste Satz dieses §. dahin gefaßt: „auf den Inhaber laufende Werthpapiere kann der Gläubiger nach dem Tagescourse annehmen oder deren Verkauf nach demselben verlangen;“ es würde in dieser Bestimmung indeß eine mit nichts zu rechtfertigende Beschränkung der Rechte des Gläubigers gelegen haben. Hat einmal der Schuldner zur Befriedigung des Letzten keine anderen Mittel zu bieten, als Werthpapiere, so muß er sich hier, wie in jedem andern Falle, den Verkauf derselben um jeden Preis gefallen lassen. In vielen Fällen wird bei dem Verkaufe derartiger Papiere der Tagescourse derselben erzielt werden; ist dies aber nicht der Fall, so erscheint es hier, wie in jedem andern Falle, z. B. beim Verkaufe von Grundstücken in einer Periode, wo der Werth derselben allgemein herabgedrückt ist, durchaus angemessen, den Schaden auf den Schuldner zu schieben. Man hat aber ohne Frage um so mehr Grund, diese Maxime auch bei dem Verkaufe von Werthpapieren zu befolgen, wenn man erwägt, daß diese sehr leicht auf künstlichem Wege durch Speculanten, wie dies z. B. bei Eisenbahnactien in der neuesten Zeit häufig vorgekommen ist, zu einem bestimmten Course gebracht werden

*) Ueber die Frage, welche notarielle Urkunden als öffentliche gelten, s. §. 18. der Not. D. Aufsicht.

können, ohne daß man irgend wo Abnehmer findet, welche diesen Cours zu zahlen geneigt wären, und daß man daher, wollte man nur den Verkauf nach dem Tageswerthe gestatten, den Gläubiger nöthigen würde, entweder Papiere zu einem nur eingebildeten Werthe anzunehmen, oder sich einer Verzögerung seiner Befriedigung zu unterwerfen.

§. 402.

Der Grundsatz, daß man die Feststellung des Honorars für eigentliche Advocaturgeschäfte der freien Verabredung der Betheiligten vorzubehalten hat, wird durch die Natur der Verhältnisse geboten, indem es streng genommen überall keinen Maßstab giebt, nach welchem man auch nur mit einiger Sicherheit das Honorar für derartige Geschäfte gerecht feststellen könnte, zumal wenn man erwägt, daß die gerichtliche Feststellung in keinem Falle unmittelbar nach dem Auftreten des Advocaten erfolgen kann.

Im Verhältnisse zur unterliegenden Partei sind dagegen auch rücksichtlich der Advocaturgebühren feste Normen unerlässlich, weil man jene sonst gewissermaßen der Willkür der obliegenden Partei gerabegu Preis geben würde, und die Taxordnung hat deshalb auch derartige Normen gegeben*). Im Uebrigen liegt es im Interesse des Advocatenstandes selbst, wenn für Verträge zwischen Advocaten und Clienten über ein Honorar die schriftliche Form vorgeschrieben ist, indem hierdurch alle Conflicte über den Abbruch solcher Verträge, welche jedenfalls leicht einen unwürdigen Charakter annehmen können, abgeschnitten werden**).

§. 403.

Die Bestimmungen dieses §., namentlich des zweiten und dritten Absatzes hängen mit denen des §. 5. genau zusammen und rechtfertigen sich als consequente Folgerungen aus dem Grundsatz dieses §. Daß den Parteien nachge-

*) Vgl. Ant. II. Nr. 20. 21.

**) Vgl. auch Adv. D. §. 10.

lassen wird, die Kosten für eigene Reisen zum Anwalte nach der Entfernung ihres Wohnortes vom Orte des zuständigen Kreisgerichts zu berechnen, erscheint billig, gerade mit Rücksicht auf die im 2. Absätze dieses §. ausgesprochenen Maximen.

Anlage I.

Zu Nr. 1. A. Bemerkung b. c.

1. Die Bemerkung unter b. dehnt den Grundsatz, der bereits nach der Sportelordnung vom 10. Mai 1835 in Proceßsachen unter 20 Thlr. an Werth gegolten hat, auf alle amtsgerichtlichen Sachen aus, und diese Ausdehnung wird um so zweckmäßiger erscheinen, da sie auf eine Erleichterung der Vergleiche abzielt, deren Zustandekommen gerade in den geringfügigen Sachen häufig an den Proceßkosten scheitert.

2. Die Bestimmungen unter c. betreffen nur das Stadtgericht Braunschweig und das Amtsgericht Thedinghausen, deren Competenz nach dem Gesetze über die Gerichtsverfassung der Competenz der übrigen Amts- und Stadtgerichte gegenüber erweitert ist. Für die Executionsinstanz, in der die Competenz der Amtsgerichte nicht an die gewöhnliche Competenzsumme gebunden ist, kommen die besonderen Sätze unter Nr. 20. und 21. zur Anwendung.

Zu Nr. 1. B.

Der Entwurf hatte die Maßregel vorgeschlagen, in den kreisgerichtlichen Sachen Pauschsätze für das ganze Verfahren ohne Rücksicht auf die verschiedenen Proceßabschnitte und ohne Rücksicht auf die Verwickelung des Falles, lediglich nach dem Werthe des Streitgegenstandes zu erheben. Dieser Vorschlag mußte aber bedenklich erscheinen, indem darnach die kürzesten und einfachsten Prozesse zu hoch, die län-

geren und verwickelten dagegen zu gering, eine etwaige Versäumniß der Parteien und eine dadurch veranlaßte Resignation aber gar nicht befeuert worden wären.

Nach der Proceßordnung wird ein selbst verwickelter Rechtsstreit in erster Instanz regelmäßig nur in drei Abschnitte zerfallen können, deren jeder durch ein Erkenntniß oder einen Bescheid zu schließen ist. In den meisten Fällen, namentlich in dem summarischen Verfahren, wird bei der Verbindung der Beweisanknüpfung mit dem ersten Verfahren und, da die auf eine Eidesleistung erfolgenden purificirenden Erkenntnisse als ein nach vorausgegangener Hauptverhandlung ergangenes Erkenntniß, welches nach den Sätzen unter 6. bis 11, zu taxiren wäre, nicht gelten, der Rechtsstreit schon durch das erste Urtheil geschlossen werden. Wenn man sich daher auch für die Erhebung von Pauschsätzen glaubte aus überwiegenden Gründen entscheiden zu dürfen, so erschien es doch zweckmäßiger, diese Pauschsätze für jedes eigentliche Erkenntniß festzustellen, und wenn diese Maxime nicht auch für das Verfahren von den Amtsgerichten sanctionirt ist, so hat dies vorzüglich seinen Grund darin, daß es hier lediglich im Ermessen des Richters liegt, ob ein Beweisertkenntniß abgegeben oder ob die Sache sofort bis zum Ende instruirt werden soll, und daß es leicht zu großen Unzuträglichkeiten hätte führen können, wenn man eine damit in Verbindung stehende Verdoppelung der Gerichtsgebühren von der individuellen Ansicht jedes Einzelrichters hätte abhängig machen wollen.

Da übrigens auch bei den Kreisgerichten, z. B. bei Syndicatsklagen und Incidentstreitigkeiten, Streipunkte unter 50 Thlr. an Werth verhandelt werden können, so erscheint der Satz unter Nr. 6. nicht überflüssig.

Zu Nr. 1. C. Bemerkung.

Die Erwirkung einer cassirenden Verfügung setzt eine Verletzung wesentlicher Proceßvorschriften oder der Gesetze

vorans, der Staatscasse darf aber daraus kein Vortheil erwachsen, wenn durch die vom Staate eingesetzten Gerichte eine solche Verletzung erfolgt ist; es rechtfertigen sich daher nicht nur die in dieser Bemerkung ausgesprochenen Grundsätze, sondern sie werden sogar durch die Gerechtigkeit geboten.

Zu Nr. II.

Bereits bei den Verhandlungen über das Gesetz, die Gerichtsverfassung betreffend, entschied man sich dafür, den Grundsatz anzunehmen, daß die bei den Gerichten angestellten Beamten außer ihrem Gehalte überall keine Nebengebühren beziehen sollten, und diesen Grundsatz mußte man für um so empfehlenswerther halten, da mit dem Beziehen von Nebengebühren trotz der strengsten Controle allezeit Mißbrauch getrieben werden kann und getrieben werden wird.

Wollte man nun einmal das Princip der Gehaltsfixirung consequent in Bezug auf das gesammte Gerichtspersonal durchführen, so konnte noch die Frage aufgeworfen werden, ob es nicht zweckmäßig sein werde, alle Nebengebühren überhaupt aufzugeben, und dafür den allgemeinen Erkenntnißportellatz angemessen zu erhöhen. Obgleich man indeß die Vortheile einer ungemeinen Vereinfachung des gerichtlichen Rechnungswesens, welche mit jener Maßregel jedenfalls verbunden gewesen sein würden, nicht verkennen konnte, so mußte man doch großes Bedenken tragen, sich für eine solche tief eingreifende, in ihren finanziellen Folgen nicht zu überschende Maxime zu entscheiden, indem dadurch die Möglichkeit, den Betrag der Gerichtsgebühren in ein einigermaßen richtiges Verhältniß zu dem Umfange des Rechtsstreites zu bringen, abgeschnitten, den Parteien aber jeder äußere Antrieb genommen sein würde, sich bei der Proceßführung auf das Nothwendige zu beschränken und unnütze Anträge zu vermeiden. Hierzu kam aber der Umstand, daß auch die Gesetzgebung anderer Staaten eine ähnliche Maßregel bis jetzt noch nicht gewagt hat, daß also die Erfahrung noch

keine Belehrung über deren Zweckmäßigkeit an die Hand giebt, und man konnte es daher bei den hier durchgeführten Grundsätzen um so mehr bewenden lassen, da diese ohne Zweifel für sich allein schon die vortheilhaftesten Folgen haben werden.

Zweifelhafter als in jeder andern Beziehung könnte es sein, ob das Verbot der Erhebung von Nebengebühren zum Besten des Gerichtsvollziehers in der Executionsinstanz sich als praktisch bewähren mögte, indem es sich nicht bestreiten läßt, daß gerade bei solchen Geschäften, welche sich häufig einer genauen Controle entziehen können, für die Gerichtsunterbedienten in der Aussicht auf eine Nebengebühr ein bedeutender Antrieb zu deren prompter Besorgung liegt. Indesß auch in dieser Beziehung glaubte man bei dem allgemeinen Grundsatz stehen bleiben zu müssen, da man zugestehen mußte, daß nach den bisherigen Erfahrungen, die den Gerichtsvollziehern zugebilligte Executionsgebühren den Letzten zwar ein selbstständiges Interesse geboten hat, durch die Vollziehung der Execution jene Gebühr zu verdienen, daß jedoch die Wirkung einer prompten und energischen, die Ansprüche des Gläubigers sichernden Vollstreckung der Execution damit nicht durchgängig verbunden gewesen ist. Das beste Resultat wird auch in dieser Hinsicht eine strenge Controle über die betreffenden Unterbeamten herbeiführen und eine solche Controle ist in viel größerem Maße künftighin möglich, wo die Vollstreckungsinstanz in der Hand eines und desselben Einzelrichters liegen wird, als es nach der bisherigen Einrichtung der Fall sein konnte.

Anlage II.

Erster Abschnitt.

Erste Abtheilung.

Für das Verfahren bei den Amts- und Stadtgerichten sind durchgängig Pauschsätze angenommen, diese selbst aber im Verhältnisse zu den Taxen, welche bisher in den amtsgerichtlichen Sachen zugebilligt zu werden pflegten, sehr mäßig. Die Geringfügigkeit und Einfachheit dieser Sachen läßt es aber jedenfalls wünschenswerth erscheinen, die Proceßführung in denselben nicht unverhältnißmäßig zu vertheuern, und wenn der Staat auf der einen Seite durch die geringen Pauschsätze, die er in den amtsgerichtlichen Sachen erhebt, ein nicht unerhebliches Opfer bringt, so werden Advocaten und Anwälte auch ihrer Seite ein solches Opfer für das allgemeine Beste um so weniger versagen dürfen, da nach §. 4. der P.D. das Verfahren vor den Amtsgerichten überhaupt nicht als ein, ausschließlich den Anwälten oder Advocaten als solchen vorbehaltenes aufgefaßt ist. Die einzelnen Bestimmungen dieser Abtheilung geben denn auch im Wesentlichen nur die Vorschläge wieder, welche früher von den Advocaten des Herzogthums der Landesregierung gemacht sind, und man darf daher um so eher annehmen, daß diese Bestimmungen die richtige Mitte halten, zumal da durch die Vorschrift unter Nro. 12. für außerordentliche Fälle eine genügende Vor-
sorge getroffen ist.

Die einzelnen Sätze anlangend, so bedarf es keiner weiteren Erläuterungen dazu; nur die Bemerkung mag hier Platz finden, daß die Bestimmung unter Nro. 7., wonach auch bei den Amtsgerichten die Mehrkosten, welche durch

die Zuziehung eines am Sige des zuständigen Amtsgerichts wohnhaften Advocaten hätten vermieden werden können, der unterliegenden Partei nicht aufgebürdet werden dürfen, eben sowohl durch die Consequenz, als durch Billigkeitsrückichten den am Sige von Amtsgerichten wohnenden Anwälten gegenüber geboten wird.

Zweite Abtheilung.

Zu Nro. 14.

Die Sätze für Information, welche unter dieser Nummer ausgeworfen sind, übersteigen allerdings die bisher zugewilligten, namentlich in den größeren Sachen, nicht unbedeutend, sie umfassen indeß Alles, was bisher unter verschiedenen Namen, z. B. für Conferenzen mit der Partei, für Instruction zur Vernehmung, Replik u. dgl., wiederholt für die eigentliche Information zum Proceß berechnet ist, und laufen in den gewöhnlichen und einfachen Sachen ziemlich auf die bisher üblich gewesenen Taren hinaus, da in diesen nach Maßgabe der Bestimmungen unter B. nur ausnahmsweise für die Instruction zum Beweise ein Deservit zu berechnen sein wird. Für außerordentliche Fälle schafft die Bestimmung unter B. eine angemessene Abhilfe, indem sie eine Ueberschreitung der regelmäßigen Sätze zuläßt, zu der sich bisher die Gerichte nicht verstanden haben, so gerechte Gründe dazu auch vorliegen mochten. Sehr richtig wird aber einer derartigen Ueberschreitung lediglich der eigenen Partei gegenüber Wirkung beigelegt, indem es zunächst dieser obliegt, das Proceßmaterial dem Anwalte in einem solchen geordneten Zustande unter die Hand zu legen, daß der gewöhnliche Satz als eine angemessene Entschädigung für die Mühewaltungen des Letzten erscheint.

Zu Nro. 15. Bemerkung B.

Der Anwalt, welcher am Sige des zuständigen Kreis-

gerichts wohnt, hat, wenn auch neben demselben ein auswärtiger Anwalt mit der Anfertigung der Proceßschriften beauftragt ist, doch die meisten, wenn nicht alle Einzelheiten des Proceßbetriebes zu besorgen, und es erscheint deshalb angemessen, diesem in Ermangelung einer desfallsigen Abrede die ganze Procuraturgebühr zuzusprechen. Was die Informationsgebühr betrifft, so ist es allerdings nicht zu bestreiten, daß bei dem in dieser Bemerkung vorausgesetzten Verhältnisse der am Sige des zuständigen Kreisgerichts wohnhafte Anwalt dem äußern Anscheine nach mehr vermittelnd als selbstständig auftritt; allein er ist seiner Partei jedenfalls nicht weniger verantwortlich als der Mitanwalt, und er muß sich, wenn er den Proceß ordnungsmäßig betreiben will, gleich gewissenhaft zur Sache instruiren, wie sein Mitanwalt. Es erscheint daher angemessen, wenn ihm im Zweifel die Hälfte der Informationsgebühr als Minimallsatz zugesprochen, den Gerichten aber die Befugniß vorbehalten wird, unter besondern Umständen auch über diesen Satz bei eintretenden Differenzen hinaus zu gehen.

Zu Nro. 20.

Unter den hier ausgeworfenen Gebühren sind alle Advocaturgebühren enthalten, welche der Advocat als solcher berechnen darf. Die Berechnung einer Gebühr für Information fällt mithin für den Advocaten hinweg, und mit dieser Maxime wird man um so mehr einverstanden sein müssen, da die einzelnen Sätze eben mit Rücksicht auf die nothwendige Information festgestellt sind, für außerordentliche Mühewaltungen aber in den vor das Obergericht und den Cassationshof gehörigen Sachen den eigenen Clienten gegenüber ein die gewöhnlichen Sätze überschreitendes Honorar zugewilligt werden darf, und endlich in den vor den Kreisgerichten zur Verhandlung kommenden Sachen ziemlich regelmäßiger Anwalt und Advocat dieselbe Person

sein werden, mithin hier im Allgemeinen kein Grund für die Zubilligung einer besondern Informationsgebühr vorliegen würde.

Anhang.

Die Gebührentaxe für den Rechtsbeistand in nicht processualischen Sachen, welche als Anhang der V.D. beigegeben ist, hilft unstreitig einem dringenden Bedürfnisse ab, da gerade über die Feststellung des Honorars für derartige Geschäfte häufig Differenzen zwischen den Betheiligten entstehen, und in Beziehung auf die Schlichtung derselben bisher die abweichendsten Maximen von den verschiedenen Gerichten befolgt sind. Uebrigens mag zum Schluß die Bemerkung Platz finden, daß sowohl in dieser Taxe, wie in der Taxe für processualische Geschäfte im Wesentlichen auf die Vorschläge eingegangen ist, welche der Landesregierung im Jahre 1847 von den Advocaten des Herzogthums gemacht worden sind.

IV.

Advocatenordnung.

I. Allgemeine Bemerkungen.

1. Advocaten, Anwälte und Obergerichtsadvocaten.

Während nach der bisherigen Einrichtung die richterliche Laufbahn von der advocatorischen streng geschieden war, während ferner die Vorbedingungen für die eine und die andere wesentlich verschieden waren, und namentlich für das Richteramt die bisherige Gesetzgebung eine größere Befähigung als für die Advocatur in Anspruch nahm, fordert die vorliegende Advocatenordnung und das, ebenfalls mit der künftigen Organisation der Justiz im engsten Zusammenhange stehende Gesetz über die Prüfung der Candidaten des Rechts, der Advocatur, des Notariats und des Richteramts völlig gleiche Qualifikationen für Advocaten wie für Richter. Und dies ohne Zweifel mit Recht. Advocatur und richterliche Functionen bewegen sich unverkennbar in derselben Sphäre, beide sind so eng verwandt und greifen so sehr in einander, daß mit der Herabsetzung der einen nothwendig auch die andere herabgedrückt und daßes von vorn herein als eine Anomalie angesehen werden muß, wenn man für die Advocatur eine geringere Befähigung als für das Richteramt in Anspruch nimmt. Läßt sich aber diese Thatsache nicht bestreiten, so fällt jeder Grund einer strengen Scheidung der advoca-

torischen Laufbahn von der richterlichen, wie sie bisher bestanden hat, hinweg; die Grundzüge, von denen die neue Gesetzgebung in dieser Beziehung ausgeht, und welche besonders das vorhin erwähnte Prüfungs-gesetz darlegt, wird man daher ohne Bedenken sich aneignen dürfen, und das um so mehr, als man danach künftig für die Besetzung richterlicher Stellen eine bei weitem größere Auswahl hat, als es bis jetzt hat der Fall sein können. Die Advocatur wird die Pflanzschule der Richter zugleich sein, und diese Einrichtung würde man schon dann mit Befriedigung annehmen dürfen, wenn sie selbst weiter keine Folge hätte als die, die Sonderung zweier Stände zu vernichten, welche der Würde der Advocatur bisher wesentlich Abbruch gethan und deshalb in vielfacher Beziehung zu einer Herabsetzung der Würde der Rechtspflege überhaupt geführt hat.

Wie das oben erwähnte Gesetz über die Prüfung der Candidaten des Rechts 2c. näher ergiebt *), so wird künftig nach der Zurücklegung der zweiten juristischen Staatsprüfung die Möglichkeit einer weiteren Fortbildung der Richteramtscandidaten durch Beschäftigung bei den Gerichten abgeschnitten werden, indem das künftige öffentliche und mündliche Verfahren, wenn auch hiermit an sich nicht völlig unverträglich, doch das entsprechende Material nicht bieten wird. Es bedarf deshalb in dieser Beziehung eines Auskunftsmittel, und dies kann in consequenter Durchführung der oben erwähnten Grundzüge und in Betracht des Umstandes, daß die Advocatur die beste Bildungsanstalt für künftige Richter sein wird, nur darin liegen, daß die Advocatur frei gegeben wird.

Diesen Grundsatz hat denn die vorliegende Adv.-Ordn. auch adoptirt, und es handelt sich demgemäß, wenn man denselben an sich als richtig gelten lassen muß, nur um die

*) §. 8.

Feststellung der Grenzen, innerhalb deren sich künftig die Advocatur neben der Anwaltschaft zu bewegen haben wird. Bevor indeß auf diesen Punkt näher eingegangen wird, scheint es zweckmäßig, einige Bemerkungen über ein Institut voranzuschicken, welches durch die neue Proceßgebung bedingt ist.

Das künftige Verfahren vor den Kreisgerichten, dem Obergerichte und dem Cassationshofe macht eine Vertretung der Parteien durch sachkundige Geschäftsmänner, welche mit dem Proceßrechte und dem Verfahren vor Gericht vertraut sind, unerlässlich, und führt, mit dem in der Civilproceßordnung *) ausgesprochenen Grundsatz, daß jede Partei durch einen, am Sitze des zuständigen Gerichts wohnhaften Anwalt vertreten sein muß, der den officiellen Verkehr mit dem Gerichte und dem Proceßgegner zu vermitteln hat, zu einem Institute, welches in der eben gedachten Ausdehnung dem bisherigen Proceßrechte fremd gewesen ist, nämlich zu dem Institute der Anwaltschaft. Der Anwalt soll hiernach ein untrennbares Zubehör der Gerichte selbst sein; er vertritt demgemäß ebensowohl die Würde des Gerichts wie die richterlichen Beamten selbst, und es erscheint daher, wenn die Rechtspflege nicht durch Auswüchse in den Dienern derselben herabgesetzt werden soll, als ein Gebot der Nothwendigkeit, dem Anwaltstande eben so wie dem Richterstande eine möglichst sorgenfreie und unabhängige Stellung im bürgerlichen Leben zu sichern. Mit Consequenz ergiebt sich hieraus zunächst ein Grundsatz, von dem die Adv.-O. ausgeht, nämlich der, daß der Stand der Anwälte ein geschlossener sein muß, und daß die Zahl derselben das Bedürfniß des Publicums nicht übersteigen darf. Es wird sich nach dem eben Gesagten aber auch, namentlich wenn man daneben die Natur der Sache und die besondern, bei uns herrschenden Verhält-

*) §. 5.

nisse im Auge behält, leicht die Grenze ziehen lassen, welche man der Advocatur zu setzen hat. Unverkennbar zu weit würde man nämlich gehen, wenn man unter den Bereich der Advocatur alle Geschäfte ziehen wollte, welche der Advocatenstand bisher in Händen gehabt hat, namentlich würde man hierbei übersehen, daß Advocatur und Anwaltschaft bisher, so weit von der letzten nach der jetzigen Einrichtung die Rede sein kann, durchgängig in derselben Hand vereinigt gewesen sind. Will man nicht der künftigen Anwaltschaft gegenüber eine Concurrenz eröffnen, welche die letzte in ihrer finanziellen Stellung beeinträchtigt und hierdurch nur nachtheilig auf die ganze Rechtspflege einwirken könnte, so wird man, was zunächst die gerichtlichen Geschäfte betrifft, die Advocatur, ihrer eigentlichen Bedeutung entsprechend, lediglich auf die mündlichen Rechtsausführungen beschränken müssen. Allerdings wird der Advocatur, wenn man diesen Grundsatz annimmt, in finanzieller Beziehung kein sehr ergiebiges Feld eröffnet; allein die Advocatur soll auch künftig mehr ein rein wissenschaftlicher Stand sein und, soweit die advocatorische Praxis bei den untern Gerichten in Frage steht, nicht sowohl zum bürgerlichen Lebensberufe gemacht, sondern vielmehr als eine Vorschule und als ein Uebergangsstadium zur Anwaltschaft und zum Richteramt angesehen werden. Hält man aber die bisher hervor gehobenen Gesichtspunkte fest, so wird man es auch, was außergerichtliche Geschäfte anlangt, als zweckmäßig und wünschenswerth anerkennen müssen, daß die Advocatur, worauf weiter unten noch näher einzugehen sein wird, auch von diesen Geschäften wenigstens insoweit, als es sich um finanzielle Vortheile durch dieselben handelt, ausgeschlossen und daß das Betreiben dieser Geschäfte gegen ein Honorar ausschließlich dem Anwaltstande vorbehalten wird.

Die Rechtspflege vor dem Obergerichte und dem Cassationshofe läßt ferner insofern, als die Würde der ober-

sten Gerichtshöfe des Landes vor allen Dingen gewahrt werden muß, die Erreichung dieses Zweckes aber durch die größere oder geringere Vollkommenheit und Reinheit des Verfahrens vor diesen Gerichten bedingt ist, noch eine weitere Einrichtung, welche die Erreichung jenes Zweckes sichert, erforderlich erscheinen. In dieser Rücksicht leuchtet es nun auf den ersten Blick ein, daß es ein Mißgriff sein würde, wenn man zu den mündlichen Verhandlungen vor jenen Gerichten alle Advocaten ohne Ausnahme zulassen wollte. Fast ebenso unzweckmäßig würde es aber sein, wenn man das Auftreten vor dem Obergerichte und dem Cassationshofe ohne Weiteres der Anwaltschaft gestatten wollte, indem auf der einen Seite die Qualification zur Anwaltschaft an sich noch keine genügende Bürgschaft für die Fähigkeit zum öffentlichen Auftreten vor den höchsten Landesgerichten bietet, während auf der andern Seite die Berechtigung aller Advocat-Anwälte zum Auftreten vor diesen Gerichten zu einer übermäßigen keinesfalls wünschenswerthen Concurrenz führen würde. Unter diesen Umständen mußte man daher eine besondere Obergerichtsadvocatur schaffen und, in Uebereinstimmung mit dem oben bereits hervor gehobenen Grundsatz, daß Richter und Advocaten, welche bei demselben Gerichte thätig sein sollen, dieselben Qualificationen besitzen müssen, die Erlangung der Obergerichtsadvocatur von dem Bestehen der obergerichtlichen Prüfung unabhängig machen. —

Mit dieser Einrichtung, welche die vorliegende Advocatenordnung voraussetzt und welche ihre Grundlage in dem mehrerwähnten Prüfungsgesetze findet, wird man sich aber, so lange sich nicht eine bessere darbietet, welche die Nothwendigkeit einer besondern Prüfung für die Obergerichtsadvocatur beseitigt, um so eher einverstanden erklären dürfen, da sie auf der einen Seite den Advocaten- und Anwaltstand zu einer sorgfältigeren wissenschaftlichen Fortbildung anspornet, als man sie bisher im Allgemeinen

in diesen Ständen gefunden hat, während dadurch auf der andern Seite eine Gewähr dafür erlangt wird, daß in die Obergerichtsadvocatur der Regel nach nur solche Individuen eintreten werden, welche ihren Platz in der That würdig und mit Ehren ausfüllen.

2) Die Advocatenkammer.

Die Gesetzgebung verschiedener deutscher Staaten ist in der neuern Zeit vielfach bemüht gewesen, den Stand der Advocaten zu einer würdigeren Stellung emporzuheben, und in der That liegt dies nicht bloß im Interesse des Standes, sondern auch im Interesse einer würdigen Rechtspflege überhaupt. Das Beste in dieser Beziehung wird der Advocatenstand allerdings selbst wirken müssen, und von dem Geiste, der ihn beseelt und den keine Gesetzgebung zu ersetzen vermag, wird es vorzugsweise abhängen, in wie weit die kommenden Generationen sich gewöhnen werden, Richter und Advocaten als gleich achtungswürdige Jünger der Themis anzusehen. Es ist hier nicht der Ort, die Gründe näher zu erörtern, welche den Verfall des Advocatenstandes in Deutschland veranlaßt haben; so viel liegt aber auf der Hand, daß abgesehen von den bisher berührten Einrichtungen, welche für sich schon viel zur Hebung des Advocatenstandes beitragen würden, vor allen Dingen auf die Belebung und Entwicklung eines ehrenhaften Standesgeistes unter den Advocaten hingewirkt werden muß, an dem es bisher in den meisten Staaten Deutschlands mehr oder weniger gefehlt hat. Hierzu wird es aber wesentlich dienen, wenn man die Disciplin über die einzelnen Mitglieder des Advocatenstandes einer aus Standesgenossen zusammengesetzten Disciplinarbehörde, der Advocatenkammer, überträgt.

Die Disciplin über die Advocatur hat bei uns jetzt in den Händen des Herzoglichen Oberlandsgerichts gelegen,

diese Einrichtung aber zu verschiedenen Uebelständen Veranlassung gegeben.

Während nämlich auf der einen Seite die Disciplin über die Advocaten, weil die Disciplinarbehörde ihrer Stellung nach nicht im Stande war, über jene eine in jeder Beziehung genügende Controle zu führen, in vielen, ja vielleicht in den meisten Fällen nicht streng genug gehandhabt werden können, hat die bisherige Einrichtung auch auf der andern Seite dahin geführt, daß die einzelnen Gerichte und Richter mehr oder weniger über die ihnen zustehenden gerichtspolizeilichen Rechte hinausgegangen sind und sich häufig eine Art Disciplinargewalt den Advocaten gegenüber angeeignet und bei Conflicten mit diesen zu Richtern in eigener Sache aufgeworfen, hierdurch aber ebenso häufig die Advocaten den Gerichten gegenüber in eine schiefe, oft feindselige Stellung gebracht haben. Ebensonig läßt es sich verkennen, daß die bisherige Einrichtung, vorzugsweise schon um deswillen der Entwicklung eines geistlichen Standesgeistes unter den Advocaten hinderlich gewesen ist, weil es diesen bisher an einem Organe zur Wahrung der Ehre und der Interessen des Standes gefehlt hat, in Folge dessen aber jedes einzelne Mitglied des Advocatenstandes so zu sagen auf sich selbst und seine eigenen Interessen hingewiesen gewesen ist.

Es wird allerdings nicht an ängstlichen Gemüthern fehlen, welche in der Uebertragung der Disciplinargewalt über die Advocatur auf eine aus Standesgenossen zusammengesetzte Behörde einen Mißgriff erkennen zu müssen glauben, allein jeder einigermaßen unparteiische Urtheiler wird zunächst darüber nicht in Zweifel sein, daß die Ehre eines Standes im Allgemeinen nie besser berathen sein wird, als wenn man die Wahrung derselben der eifersüchtigen Ueberwachung von Standesgenossen selbst anvertraut. Abgesehen hiervon spricht der Erfolg, welchen man in andern Ländern durch die ähnliche Einrichtung er-

zielt hat, für die Einrichtung, welche die vorliegende A. D. schafft, und wenn man sonst der Staatsbehörde ein wirkames Obergaufsichtsrecht in die Hand giebt, welches sie in den Stand setzt, die Advocatenammer selbst erforderlichen Falls in die gesetzlichen Schranken zurückzuweisen, so wird man sich ohne Bedenken für die Einführung einer solchen nicht nur entscheiden, sondern davon auch den günstigsten Erfolg erwarten.

II. Besondere Bemerkungen zu den einzelnen Paragraphen des Gesetzes.

§ 1.

Schon in den vorhergehenden Erörterungen ist darauf hingedeutet, daß es zweckmäßig sein wird, die Advocaten lediglich auf die mündlichen Rechtsausführungen vor Gericht zu beschränken, von allen andern gerichtlichen oder außergerichtlichen Geschäften, welche bis jetzt in den Händen derselben gewesen sind, aber auszuschließen.

Es spricht hierfür nicht nur der Umstand, daß man der Anwaltschaft eine möglichst sichere und unabhängige Stellung gewährleisten muß, und daß man für die Zukunft ohnedringende Gründe um so weniger eine freie Concurrrenz in Bezug auf Anwaltsgeschäfte eröffnen darf, weil das künftige Verfahren im Civilproceß in Folge des Hinwegfallens der dritten Instanz, in Folge der Beschränkung der Appellationen gegen Zwischenurtheile und endlich in Folge der Verbindung der Beweisinstanz mit dem ersten Verfahren weniger ergiebig sein wird, als das bisherige; — sondern es verdient in dieser Beziehung auch die Thatfache eine besondere Rücksicht, daß man durch die Befolgung des Grundsatzes, von welchem das Gesetz ausgeht, die Advocatur reiner erhält, als es sonst der Fall sein könnte. Die Advocatur würde

sich nämlich, wolte man derselben das Betreiben außergerichtlicher Geschäfte, die Anfertigung von Proceßschriften und dergleichen frei geben, sehr leicht und sehr bald des materiellen Vortheils halber auf dieses allerdings ergiebigere Feld werfen, die Folge hiervon aber unausbleiblich, namentlich in Betracht des Umstandes, daß die Zahl der Advocaten künftig eine nicht unbedeutende sein wird, die sein, daß sich in allen Gerichtskreisen eine das Bedürfnis des Publikums bei weitem überschreitende Zahl von Practicanten festsetze, daß zwischen Advocaten und Anwälten ein förmliches Jagen nach Verdienst hervorgerufen und dadurch sowohl die Advocatur wie die Anwaltschaft auf einen durchaus trivialen, für die ganze Rechtspflege verderblichen Weg geleitet würde.

Dieser §. hat übrigens, was die Thätigkeit der Advocaten vor den Gerichten anlangt, nur das Verfahren vor den Kreisgerichten und den höhern Gerichten im Auge, was dagegen die Amts- und Stadtgerichte betrifft, so würde es bei der Geringfügigkeit der vor diese gehörenden Sachen und bei der Natur des dort inne zu haltenden Verfahrens nicht zweckmäßig sein, wenn man die Arena vor diesen Gerichten ausschließlich nur der Anwaltschaft eröffnen wolte; und von diesem Gesichtspunkte ist denn auch der hier allegirte §. 4. der C. P. D. ausgegangen.

§. 3.

Der Entwurf wolte zunächst nicht nur den Anwälten, sondern auch den Advocaten bei ihrer Anstellung einen Wohnort von dem Herzogl. Staatsministerium angewiesen wissen, indeß schien dieser Grundsatz keine Billigung zu verdienen. Soll die Advocatur überhaupt freigegeben werden, so wird man im Allgemeinen den Advocaten auch die freie Wahl des Wohnortes ohne dringende Gründe um so weniger beschränken dürfen, da hiermit leicht precuniäre Nachtheile oder sonstige Härten für die betreffenden Individuen verbunden sein könnten. Giebt man den Advocaten

ten die Wahl ihres Wohnsitzes frei, so steht es allerdings zu befürchten, daß sich an einzelnen Orten, namentlich in den Städten Braunschweig und Wolfenbüttel, bei weitem die Mehrzahl der Advocaten niederlassen wird. Bei der Beschränkung des Geschäftskreises der Advocatur wird aber dieser Umstand zu keinen besonders erheblichen Nachtheilen führen, namentlich wird man nicht zu befürchten haben, daß die Anwälte der beiden vorhin erwähnten Städte einer merklichen pecuniären Einbuße ausgesetzt werden, und wenn dies der Fall ist, so wird es sogar wünschenswerth sein, daß sich die Mehrzahl der jungen Advocaten künftig in den Kreisen Braunschweig und Wolfenbüttel festsetzt, weil ihnen hier zu einer gründlichen Rechtsbildung bessere Gelegenheit als in jedem anderen Kreise des Herzogthums geboten werden wird. Giebt man übrigens den Advocaten unter der weiter unten zu erwähnenden Beschränkung die Wahl ihres Wohnorts auch frei, so wird man doch nicht so weit gehen dürfen, die Bestimmungen des §. 9 der Wohnrechts-Verordnung vom 4. Mai 1830 künftig auf die Advocaten anzuwenden. Diese Bestimmungen passen vielmehr für die Zukunft nur auf die Anwälte, während es, was die Advocaten betrifft, überall kein Bedenken erregen kann, wenn diese bei ihrer Befetzung an einem bestimmten Orte das Wohnortrecht daselbst nach den sonstigen Bestimmungen der oben angeführten Verordnung erwerben müssen.

Der Entwurf wollte ferner unter Umständen gestatten, daß Advocaten sich am Siege eines Amtsgerichts niederlassen; auch hiervon mußte man indeß aus überwiegenden Gründen abgehen. Auf der einen Seite würde nämlich diese Einrichtung zu der Inconvenienz führen, daß sich die am Siege eines Amtsgerichts wohnhaften Advocaten unter der Hand mit Anwaltsgeschäften, namentlich mit der Ausarbeitung der Parteischriften und mit der Instruirung der nicht vor die Amtsgerichte gehörigen Processe überhaupt

befassen, es würde mithin der Winkelpraxis Thür und Thor geöffnet, und daß dieser Uebelstand nur zum Nachtheile der Rechtspflege selbst ausschlagen könnte, läßt sich nicht in Zweifel ziehen. Auf der anderen Seite steht es aber auch nicht zu verkennen, daß die Proceßpraxis vor den Amtsgerichten in keiner Weise zur gründlichen Ausbildung in der Advocatur ausreicht, und man würde daher diesen Zweck zum Theil verfehlen, wenn man den im Entwurfe vorgeschlagenen Satz gebilligt hätte. Den Advocaten ist daher nur die Niederlassung am Siege eines Kreisgerichtes zu gestatten, und wenn das Bedürfniß des Publikums in dem einen oder andern Amtsbezirke die Nothwendigkeit herbeiführt, zum Rechtsbeistande am Siege einzelner Amtsgerichte bestimmte Personen anzustellen, so wird man zu diesem Ende jedenfalls zweckmäßiger auf Anwälte greifen.

§. 5.

Die Bestimmungen dieses §., namentlich des Schlusssatzes, hängen genau mit dem in §. 5. der C.P.O. ausgesprochenen Grundsatz zusammen; es wird daher auf die zu dem eben erwähnten §. gegebenen Erläuterungen verwiesen werden können und nur bemerkt zu werden brauchen, daß durch die transitorischen Bestimmungen in §. 12. des Prüfungs-gesetzes der zweite Absatz dieses §. für die, bei dem Eintritte der Wirksamkeit der neuen Gesetze bereits zugelassenen Advocaten modificirt ist.

§. 6.

Die Bestimmung im vierten Absätze dieses §. schien nicht unbedenklich, weil dieselbe, namentlich in Betracht des Umstandes, daß die Klage auf Rückgabe eines an einen nicht Berechtigten gezahlten Honorars nur der gewöhnlichen Klagenverjährung unterworfen ist, der Chifane der Parteien ihren gewesenen Bevollmächtigten gegenüber leicht Vorschub leisten kann und Veranlassung zu Klagen giebt, welche immer einen mehr oder weniger gehässigen Charakter an sich

fragen; es läßt sich indeß, so wenig man diese Unzuträglichkeiten verkennen darf, auf der andern Seite nicht leugnen, daß gerade diese Bestimmung geeignet ist, der Willkür Schranken zu setzen.

§. 7.

Die Maximen, welche im zweiten Absätze dieses §. ausgesprochen sind, stellen sich als consequent heraus, wenn man einmal der Advocatenkammer die Disciplinargewalt über Anwälte und Advocaten übertragen will. Der Entwurf wollte zwar in den Fällen, wenn in schriftlichen Eingaben die Würde des Gerichts verletzt würde, den Gerichten eine concurrirende Disciplinargewalt einräumen; allein hierdurch würde man die Autorität der Advocatenkammer unstreitig von vorn herein geschwächt und den alten Uebelstand, wonach in solchen Fällen die Gerichte gewissermaßen als Richter in eigener Sache auftreten, neuerdings sanctionirt haben. Die Befugniß der Gerichte, Verstöße der Advocaten und Anwälte während der Verhandlungen vor Gericht sofort zu verweisen, wird hierdurch nicht ausgeschlossen; sie ist ein Ausfluß der gerichtlichen Polizeigewalt und in §. 60. der E.-P.-O. ausdrücklich anerkannt, so daß es in dieser Hinsicht weiterer ausdrücklicher Vorschriften nicht bedarf. Unter diesen Umständen sind aber die Maximen dieses §. um so unbedenklicher, da die Gerichte durch den Recurs, der im Schlußsatze an die gerichtliche Disciplinarbeförde gestattet ist, gegen die Möglichkeit willkürlicher oder parteiischer Entscheidungen der Advocatenkammer sicher gestellt werden.

§§. 13 — 26.

Bei den ausgedehnten Rechten, welche der Advocatenkammer in diesen §§. beilegt werden, kommt es um so mehr auf eine passende Zusammensetzung derselben an, da es sich um eine neue Einrichtung handelt, welche durch Mißgriffe, namentlich im Bereiche der Handhabung der Disciplin, leicht in Mißachtung gerathen kann. Es wird

sich daher als zweckmäßig rechtfertigen, wenn in §. 18. zunächst bestimmt ist, daß wenigstens zwei Mitglieder der Kammer aus den Obergerichtsadvocaten genommen werden sollen, indem man in Betracht der Vorbedingungen für den Eintritt in die Obergerichtsadvocatur mit Grund von den Mitgliedern derselben diejenige Reife und Bildung voraussetzen darf, welche eine Gewähr für eine umsichtige, gründliche und unparteiische Befandlung, der in den Geschäftskreis der Kammer einschlagenden Angelegenheiten an die Hand giebt. Diese Bemerkung führt auf die schon oben berührte Frage über die Zweckmäßigkeit der Einführung einer Obergerichtsadvocatur überhaupt; da diese jedoch in einem nahen Zusammenhange mit dem Gesetze über die juristischen Prüfungen steht, so wird die weitere Erörterung derselben zweckmäßiger bei jenem Gesetze erfolgen, und es mag hier nur die Bemerkung Platz finden, daß bei der Entscheidung jener Frage die Rücksicht wesentlich von Einfluß gewesen ist, daß man ohne die Einführung einer Obergerichtsadvocatur schwerlich im Stande gewesen sein würde, die Advocatenkammer mit den Rechten auszustatten, welche derselben hier beilegt sind. — Zweckmäßig erscheint ferner, was die Zusammensetzung der Advocatenkammer betrifft, die Bestimmung, daß die Wahl der Mitglieder zu derselben in den Generalversammlungen der Anwälte und Advocaten erfolgen soll, indem es hierdurch möglich gemacht wird, Personen in die Kammer zu wählen, welche allgemein als die Geeignetesten und Tüchtigsten anerkannt werden, während man auf der andern Seite, wenn man den Vorschlägen des Entwurfes, wonach die Mitglieder der Kammer von den Advocaten und Anwälten der einzelnen Kreisgerichtsbezirke gewählt werden sollten, hätte folgen wollen, dieses Ergebnis keinesfalls erreicht, sondern oft zu höchst einseitigen und unpassenden Wahlen gelangt sein würde.

Was den Geschäftskreis der Advocatenkammer betrifft,

so erscheint unstreitig die Disciplinargewalt derselben von der höchsten Bedeutung, und wenn gleich gegen die in dieser Beziehung erfolgenden Entscheidungen eine Recursinstanz gegeben ist, so wird es doch gerade von einer würdigen und unparteiischen Handhabung dieser Gewalt abhängen, ob die Einrichtung der Advocatenkammer sich als praktisch bewährt oder nicht. Es kann daher nicht genug darauf hingewiesen werden, daß der Autorität der Advocatenkammer eben sowohl eine laie Handhabung der Disciplin, als eine Parteinahme bei Disciplinarfällen, namentlich wenn es sich um Differenzen zwischen den Gerichten und Mitgliedern des Advocatenstandes handelt, Abbruch thun würde, und daß es vorzugsweise von der künftigen Haltung der Advocatenkammer abhängen wird, ob sich in der Advocatur ein ehrenhafter Standesgeist entwickeln und ob sich die Advocatur zu der ihrem Verufe gebührenden Stellung emporzuschwingen wird oder nicht.

VII.

Notariatsordnung.

I. Allgemeine Bemerkungen.

Die Ordnung des Notariatswesens im Wege der Gesetzgebung ist in unserm Lande ein langgefühltcs Bedürfnis gewesen. Bis zu der Auflösung des deutschen Reichs galten hier die gemeinrechtlichen Bestimmungen, insbesondere die Reichs-Notariats-Ordnung von 1512 über das Notariat, und diese Bestimmungen wurden im Jahre 1814 nach der Aufhebung des Königreichs Westphalen und der Wiederherstellung der rechtmäßigen Landesregierung mit Beseitigung der Westphälischen Notariats-Ordnung vom 17. Febr. 1809, wieder eingeführt. Die Gesetzgebung vom J 1814, namentlich die Verordnungen vom 15. Januar, vom 3. Februar und vom 21. April 1814 enthalten nur einige wenige Vorschriften, theils um von den Verhältnissen, wie sie durch die Westphälische Notariats-Ordnung geregelt waren, zu der neuen Organisation überzuleiten, theils um die nothwendigsten Bestimmungen über die Ernennung der Notare und über die bei der Aufnahme von Documenten zu beobachtenden Förmlichkeiten zu treffen. Alle diese Bestimmungen haben aber so sehr das Gepräge von rein transitorischen und provisorischen Maßregeln, daß dadurch das Wesen des

Notariats überall nicht berührt wird. Die spätere Gesezgebung hat hieran nichts geändert, und obgleich selbst das vormalige Herzogl. Landesgericht, als dasselbe in Folge eines Auftrags der Regierung dem Herzogl. Staatsministerium dem Entwurf einer Advocaten-Ordnung vorlegte, in dem Begleitschreiben vom 2. Juni 1831 die Erlassung einer vollständigen Notariats-Ordnung, als ein dringendes Bedürfnis »welches bei der Mangelhaftigkeit der bis jetzt geltenden gesetzlichen Bestimmungen über das Notariatswesen längst fühlbar geworden sei,« bezeichnet hatte, so hat dennoch die Regierung bis in die neueste Zeit dem Institute der Notarien nicht die Aufmerksamkeit geschenkt, welche demselben, so lange es als ein Theil der gerichtlichen Einrichtungen überhaupt besteht, augenscheinlich gebührt.

Die neue Organisation des gesammten Gerichtswesens, welche gegenwärtig ins Leben gerufen werden soll, gab nun die beste Gelegenheit an die Hand, in dieser Organisation auch dem Notariate eine passende Stelle anzuweisen, diese Gelegenheit mußte aber zugleich zu der Erlassung einer vollständigen Notariats-Ordnung benutzt werden, um so mehr, als die Lückenhaftigkeit, Dunkelheit und theilweise Unbrauchbarkeit der gemeinrechtlichen Bestimmungen in der jetzigen Anwendung derselben häufig zu Schwankungen und Controversen geführt haben und daher dringend einer Abhilfe bedurften.

Bevor nach diesen einleitenden Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen des Gesetzes übergegangen wird, sind zunächst zwei Grundsätze aus demselben hervorzuheben, welche die Basis des ganzen Gesetzes bilden. Der erste dieser Grundsätze betrifft die Frage:

ob es nach den im Herzogthume bestehenden Verhältnissen rathsam sein würde, ein selbstständiges Notariat als die ausschließende Behörde zur Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit einzuführen?

und hieran schließt sich der zweite Grundsatz über die Frage:

ob es zweckmäßig erscheint, die Notare als einen geschlossenen Stand mit corporativen Rechten, namentlich mit der Aufsichts- und Disciplinargewalt über die Berufsgenossen zu organisiren?

Beide Fragen sind in dem vorliegenden Gesetze verneint und es werden deshalb die Gründe, welche hierfür sprechen, kurz zu berühren sein.

1. Das französische Notariat, dessen Grundlage in seiner jetzigen Entwicklung das Gesetz vom 16. März 1803 bildet, hat nach dem französischen Grundsatz, die Justiz vollkommen rein zu erhalten und von derselben nicht nur die Verwaltung, sondern auch die nicht streitige Gerichtsbarkeit streng zu trennen, eine Einrichtung und Bedeutung erhalten, welche von der Einrichtung und dem Wesen des deutschen Notariats wesentlich verschieden ist. Das Letztere ist stets hauptsächlich auf die Aufnahme und Beglaubigung von Rechtsacten, auf die Ausübung der documentirenden freiwilligen Gerichtsbarkeit beschränkt gewesen; mit den deutschen Notaren concurrirten in diesen Functionen die Gerichte, als Beamte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und weil unter diesen Umständen die Ausübung der Notariatspraxis allein kein sicheres Einkommen gewährte, so wurde das Notariat nur als ein Nebenamt verliehen und in der Regel mit der Advocatur verbunden. Nach der französischen Einrichtung dagegen bilden die Notare einen geschlossenen Stand, welchem ausschließlich nicht nur die ganze documentirende freiwillige Gerichtsbarkeit übertragen ist, sondern welchem auch manche andere Geschäfte in nicht streitigen Rechtsachen, z. B. Mitwirkung bei Eheheirathungsfällen (code civil art. 284 ff.), bei gerichtlichen Theilungen (code civil art. 828), ferner bei Vormundschaften und Pflegschaften, gesetzlich überwiesen sind. Sie sind öffentlich vom Staate angestellte Beamte, und ihr Amt hat

den Charakter einer dauernden mit einem bestimmten Amtsbezirke versehenen Dienststelle.

Nach diesen Grundzügen über die Stellung und Bedeutung des französischen Notariats verkennt gewiß Niemand die großen Vorzüge, welche dasselbe in dem Principe vor dem deutschen Notariate auszeichnen. Man muß einräumen, daß die Vereinigung des Notariats mit einem Richteramte ebensowohl zu unangenehmen Conflicten führen kann und unter Umständen führen mag, als die Verbindung desselben mit der Advocatur und Anwaltschaft, und eben so ist es nicht zu bestreiten, daß die Justiz und die Advocatur nur dann in ihrer unverfälschten Reinheit erhalten, nur dann ihre hohe Aufgabe vollkommen werden lösen können, wenn sie vor jeder Vermischung fremdartiger Elemente sorgfältig bewahrt werden. — Es ist begreiflich, daß ein Richter, wenn er als Beamter der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Urkunde aufgenommen und bei der Aufnahme derselben, sei es aus Mißverständniß oder unrichtiger Auffassung der Parteien-Vorträge, sei es aus Nachlässigkeit, die Absicht der Contrahenten nicht richtig ausgedrückt hat und späterhin in die Lage kommt, über einen aus einer solchen Urkunde unter den letztern entstandenen Proceß entscheiden zu müssen, seine richterliche Unparteilichkeit, wenigstens in den Augen der streitenden Theile und des Publikums, nicht völlig rein erhalten kann, daß das Vertrauen zu demselben entweder als Richter oder als Beamter der freiwilligen Gerichtsbarkeit geschwächt werden muß; es ist eben so gewiß, daß das Ansehen und die Würde des Richters mehr oder weniger verletzt wird, wenn er heute als Rathgeber oder Vermittler im Interesse zweier Parteien auftritt oder von ihnen zur Aufnahme eines Contracts aufgefordert wird, und morgen genöthigt ist, die eine oder die andere Partei zu einer Strafe zu verurtheilen. — Auf der andern Seite führt aber die Verbindung des Notariats mit der Advocatur augenscheinlich zu ähnlichen Conflicten.

Der Grund liegt an und für sich schon in der Doppelstellung des Advocat-Notars, indem dessen freie völlig unabhängige Stellung als Advocat, ohne Schwächung und Beeinträchtigung derselben, sich nicht wohl mit der Stellung eines vom Staate angestellten öffentlichen Beamten vereinigen läßt. Es kommt aber noch hinzu, daß die Verbindung des Notariats mit der Advocatur oder Anwaltschaft häufig Gelegenheit zu Unrechtfertigkeiten bietet. Denn so lange das Notariat nur als ein Nebenamt der Advocatur betrachtet werden kann, wird sich die Praxis des Notars in der Regel nicht über Geschäfte mit seinen Proceßkunden hinaus erstrecken. Hier kommt er nun nicht selten in die Lage, daß er von einem der Contrahenten, welcher gerade sein Geschäftskunde ist, aufgefordert wird, aus der von ihm aufgenommenen Urkunde gegen den andern Contrahenten zu klagen. Seine Pflicht verbietet ihm, einen solchen Auftrag zu übernehmen, sein Vortheil und seine geschäftliche Stellung verleiten ihn zum Gegentheile, und die bisherige Erfahrung hat gelehrt, daß dergleichen Conflicte weit häufiger zu Gunsten des Eigennuzes als im Interesse redlicher Pflichterfüllung entschieden werden.

Nach dieser Ausführung muß man nun zwar zu der Ansicht gelangen, daß die Trennung des Notariats sowohl von der streitigen Gerichtsbarkeit als von der Advocatur und Anwaltschaft im Principe vollkommen richtig und daß es wünschenswerth ist, daß die Gesetzgebung, besonders bei der Einführung des öffentlichen und mündlichen Gerichtsverfahrens, darauf hinwirkt, die Schwierigkeiten zu beseitigen, welche der Einführung eines selbstständigen Notariats entgegen stehen; allein es ist dagegen auch nicht zu bestreiten, daß diese Schwierigkeiten für jetzt noch so bedeutend sind, daß die Nachtheile, welche mit der sofortigen Einführung eines selbstständigen Notariats verbunden sind, die Vortheile, welche davon etwa zu erwarten sein mögten, bei weitem überwiegen. Diese Ansicht wird besonders durch

folgende Gründe unterstügt: So lange die Amts- und Stadtgerichte das Hypotheken- und Vormundschaftsweisen verwalten, also die Hypothekenbücher und Grundacten, so wie die Vormundschaftsacten unter ihrer Obhut haben, würde es dem Publikum zur großen Beschwerde gereichen, wenn man diese Gerichte von der Aufnahme von Urkunden, namentlich über Grundstücke und dergleichen Gerechtsame oder über Gegenstände, bei welchen Minderjährige oder Pflegebefohlene theilhaftig sind, ausschließen wollte. Die Amts- und Stadtgerichte sind augenscheinlich gerade deshalb, weil ihnen dergleichen Acten zur Hand sind, weit leichter im Stande, Urkunden der bezeichneten Art ohne Zeitverlust und mit Wahrnehmung aller zu berücksichtigenden Interessen aufzunehmen, und den Parteien werden auf diesem Wege Zeit, Mühe und Kosten erspart. Es ist hierbei noch besonders der Verkehr der Grundeigenthümer mit den Leihhausanstalten zu berücksichtigen. Dieser Verkehr wurde bisher durch die Aemter und Stadtgerichte auf eine leichte, für die Grundeigenthümer höchst bequeme Weise vermittelt, indem dieselben auf den Antrag eines Grundbesizers, welcher ein Capital anzuleihen beabsichtigte, in der Lage waren, an die betreffende Leihhausanstalt über die Verhältnisse des Petenten aus den betreffenden Acten glaubhaft zu berichten und so auf einem einfachen Wege die Wünsche des Letzten, falls die nöthige Sicherheit vorhanden war, zu realisiren vermogten. Alle diese Erleichterungen für das Publikum würden hinwegfallen, wenn sie in dergleichen Angelegenheiten ausschließlich an die Notare verwiesen würden. — Es darf endlich hierbei nicht unerwähnt bleiben, daß durch die Bestimmungen des Gesetzes vom 20. December 1834, Nr. 21, die zur Abtragung der Ablösungscapitalien bei den Herzoglichen Leihhausanstalten zu beschaffenden Anleihe betreffend, und der Verordnung vom 13. November 1837, Nr. 37, die Ausführung der Gesetze vom 20. December 1834, Nr. 21, und vom 13. Novemb. 1837,

Nr. 36, über die Darlehne der Herzoglichen Leihhausanstalten zur Abtragung von Ablösungscapitalien betreffend, diejenigen, welche um Bewilligung von Ablösungscapitalien aus den Leihhausanstalten nachsuchen, mit ihren Anträgen und mit Aufnahme der Schuld- und Pfandverschreibung an die Herzoglichen Aemter verwiesen sind. Diese in ihrem Zwecke und in ihrer praktischen Wirksamkeit gewiß höchst wohlthätige Einrichtung müßte bei der ausschließlichen Uebertragung der freiwilligen Gerichtsbarkeit an die Notare, wenn nicht sogleich ein Bruch in das System gebracht werden sollte, zuvor auf eine andere Weise geregelt werden. Es würde indeß zu besorgen sein, daß jede Abweichung von der bisherigen Einrichtung den Herzoglichen Leihhausanstalten, ganz besonders aber dem dabei theilhaftigen Publikum zur großen Beschwerde gereichen würde.

Berücksichtigt man neben diesen Verhältnissen noch den Umstand, daß, wenn den Notaren durch die Ausübung der bloßen Notariatspraxis ein ihrer Stellung angemessenes Einkommen gesichert werden soll, nur in den größten Amtsgerichten zwei, in den bei weiten meisten Amtsgerichten aber nur ein Notar würde angestellt werden können, daß aber eine so spärliche Theilnehmung der Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit augenscheinlich nicht genügt, dem Publikum die so nothwendige Freiheit in der Auswahl dieser Beamten zu lassen, wenn dasselbe nicht ungebührlich beschränkt oder gar in Verlegenheit gebracht werden soll; so erscheint es nach allen diesen Gründen im Interesse des Publikums nicht wünschenswerth, die Gerichte von der Concurrenz bei der Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit auszuschließen.

Abgesehen hiervon erheischt aber das Interesse des Staats ebenfalls aus finanziellen Rücksichten die Beibehaltung der jetzt bestehenden Einrichtung. Wenn die freiwillige Gerichtsbarkeit einem selbstständigen Notariate übertragen würde, so würde der Fiskus nicht allein die Gebühren ein-

büßen, welche bisher von den Gerichten für die Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit vereinnahmt und für die Staatscasse berechnet sind, sondern er würde auch die Verpflichtung übernehmen müssen, die Beamten für diejenigen Sporteln, welche ihnen für einzelne Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit überwiesen waren, zu entschädigen. Die von dem Herzoglichen Staatsministerium hierüber mitgetheilten speciellen Nachweisungen ergeben nun aber, daß die Einbuße, welche der Staat erleiden und die Entschädigungen, welche er zu zahlen haben würde, nach einer Durchschnittsberechnung aus den Jahren 1846, 1847 und 1848 sich auf die bedeutende Summe von etwa 20,000 Thlr. jährlich belaufen würden. Ein so erhebliches Opfer zu bringen zu Gunsten eines Principis, dessen praktische Zweckmäßigkeit für unsere Verhältnisse außerdem noch zweifelhaft ist, mußte mehr als bedenklich erscheinen, das Opfer würde für die beschränkten finanziellen Mittel des Landes viel zu groß sein. —

Endlich würde aber die Uebertragung der freiwilligen Gerichtsbarkeit an ein selbstständiges Notariat auch nicht einmal im Interesse der Notare selbst liegen. Die Gesetzgebung des Herzogthums hat sich bis jetzt noch nicht, wie die französische, in der Richtung entwickelt, daß es hier, wie in Frankreich, möglich wäre, den Notaren sofort die freiwillige Gerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange zu übertragen. Der Geschäftskreis der Notare wird sich hier vorläufig auf die Ausübung der documentirenden freiwilligen Gerichtsbarkeit (*jurisdictio voluntaria mera*) beschränken müssen. Wenn nun aber die Gerichte von der Concurrenz bei der Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausgeschlossen würden, so müßte in den einzelnen Amts- und Stadtgerichten für die Anstellung einer dem Bedürfnisse entsprechenden Anzahl Notare Sorge getragen und hierbei könnte nicht bloß auf das wirkliche Bedürfnis, sondern es müßte auch darauf Rücksicht genommen werden,

daß dem Publikum eine hinreichend freie Wahl unter den Notaren der betreffenden Bezirke übrig bliebe; ein Umstand, der um so mehr berücksichtigt werden müßte, als die freie Wahl an und für sich schon durch die Vorschriften in den §§ 9. und 10. des Gesetzes, sowie zeitweilig durch dringende Behinderung oder durch plötzliches Ausscheiden des einen oder des andern Notars, bedeutend beschränkt werden kann. Sollte aber nach diesem Grundsatz der Nothwendigkeit jeder Bezirk eines Amts- oder Stadtgerichts mit einer hinlänglichen Anzahl Notare besetzt werden, so genügten die aus den Geschäften der bloß documentirenden freiwilligen Gerichtsbarkeit nach den in dieser Beziehung vorliegenden Nachweisungen zu erwartenden Einnahmen bei weitem nicht, um einer dem Bedürfnisse entsprechenden Anzahl Notare durchschnittlich ein solches Einkommen zu sichern, wie es ihrer Stellung in den socialen Lebensverhältnissen, ja wie es dem Zwecke des Instituts selbst angemessen sein würde. Nach den in dieser Hinsicht angestellten Nachforschungen würde nämlich die gesammte Einnahme aus der freiwilligen Gerichtsbarkeit durchschnittlich jährlich zu veranschlagen sein:

in den größten Aemtern auf etwa 1200 bis 1500 Thlr.,
in den mittleren Aemtern auf etwa 600 bis 800 Thlr., und
in den kleinern und kleinsten Aemtern auf etwa 250 bis 400 Thlr.

Bei dieser Berechnung sind zwar die Einnahmen, welche bisher die Notare durch die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf dem Lande gehabt haben, nicht mit berücksichtigt, allein diese sind im Allgemeinen nicht erheblich, ja in einigen Amtsbezirken kaum erwähnenswerth, und werden reichlich dadurch aufgewogen, daß in den vorhin bezeichneten Summen einestheils die Diäten der Beamten in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, auf welche die Notare nicht mit Sicherheit zu rechnen haben würden, andertheils Copialien und Siegelgebühren, welche augenscheinlich

nicht als reine Einnahme betrachtet werden können, mitbegriffen sind.

Durch diese Ausführung ist die Verneinung der ersten Frage hinlänglich gerechtfertigt, und bedürfte es noch irgend weiterer Motive, so könnte man sich in dieser Beziehung noch auf die Berichte der sämmtlichen Amts- und Stadtgerichte, der Kreisdirectionen und der beiden Obergerichte berufen, indem sich diese einstimmig und mit Entschiedenheit gegen die Ausschließung der Gerichte von der freiwilligen Gerichtsbarkeit und die Einführung eines selbstständigen Notariats ausgesprochen haben.

Die Durchführung des Principis einer Trennung der freiwilligen von der streitigen Gerichtsbarkeit und der ausschließlichen Uebertragung der ersten an selbstständige Notare erscheint indeß nur für jetzt, wegen der entgegenstehenden bedeutenden Schwierigkeiten, unausführbar, und es steht zu hoffen, daß der Zeitpunkt, wo das allein richtige Princip, bei einer consequenten Durchführung der in der Justizverwaltung schon jetzt anerkannten Grundfäße, sich Bahn brechen wird, nicht in allzu weiter Ferne liegt. Man wird daher die jetzt erlassene Notariatsordnung nur als ein Provisorium anzusehen und das endliche Ziel nicht aus den Augen zu verlieren, sondern die Erreichung desselben schon jetzt durch vermittelnde Uebergangsmaßregeln anzustreben haben, damit, wenn die der Durchführung des Principis jetzt noch entgegenstehenden Hindernisse, etwa durch die Gründung und Entwicklung eines deutschen Bundesstaats oder durch eine weitere Ausbildung der innern Justizverfassung, beseitigt sind, der Uebergang nicht allzu störend und verlegend in die bestehenden Verhältnisse eingreift. Dieser Uebergang wird sich aber auf die passendste Weise durch solche Maßregeln vorbereiten und vermitteln lassen, durch welche das Notariat mit der gerichtlichen freiwilligen Gerichtsbarkeit innerlich mehr verschmolzen wird. Als dergleichen Maßregeln empfehlen sich zunächst die Einführung

einer ganz gleichen Taxe für die Notare und die richterlichen Beamten in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dann aber die Einführung gleicher Formen bei der Aufnahme von Documenten, Beglaubigungen zc. für beiderlei Beamte. Diese Maßregeln lassen sich ohne Schwierigkeiten schon jetzt einführen, und sie rechtfertigen sich aus naheliegenden Gründen, indem dadurch einstweilen alle öffentlichen Urkunden eine mehr übereinstimmende Form erhalten, die Richtigkeit derselben also leichter beurtheilt werden kann, andertheils den Parteien die Wahl unter den Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit insofern erleichtert wird, als sie nicht durch pecuniäres Interesse, bei der Verschiedenheit der Taxen, bald zu einem Notar, bald zu einem richterlichen Beamten hinzugehen veranlaßt werden; während endlich durch solche Maßregeln der innere Unterschied zwischen den Stellungen der Notare und der richterlichen Beamten verwischt, der kleinlichen Eifersüchtelei zwischen beiden vorgebeugt und das Notariatswesen in sich harmonisch geregelt, dadurch aber die gänzliche Trennung der freiwilligen von der streitigen Gerichtsbarkeit für die Zukunft vorbereitet und angebahnt wird.

2. Was die zweite Frage anlangt, so hängt diese wesentlich von der Beantwortung der ersten ab.

Ein geschlossener Stand der Notare hat nur dann Bedeutung oder läßt sich überhaupt nur dann denken, wenn den Notaren die Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausschließlich übertragen werden, wenn sie dadurch besondere Pflichten übernehmen, besondere Rechte erhalten und besondere gemeinschaftliche Interessen zu vertreten haben. So lange das Notariat auf der einen Seite mit den Gerichten concurrirt, auf der andern Seite als Nebenamt mit der Advocatur verbunden ist, läßt sich kaum von einem geschlossenen Stande der Notare mit corporativen Rechten und Pflichten, verbunden durch gemeinschaftliche Standesinteressen, reden. Insbesondere würden die Notare, wenn

die Disciplinargewalt einer Notariatskammer übertragen würde, rücksichtlich der Disciplinarverhältnisse in eine eigenthümliche Stellung gerathen, indem sie auf der einen Seite mit den richterlichen Beamten, welche unter der richterlichen Disciplinargewalt stehen, nicht nach gleichen Grundsätzen behandelt und beurtheilt werden, und auf der andern Seite in ihrer Eigenschaft als Advocaten oder Anwälte noch der Disciplinargewalt der Advocatenkammer unterworfen sein würden. Diese Doppelseitigkeit der Advocat-Notare hätte voraussichtlich häufig zu Conflicten und schwer zu lösenden Schwierigkeiten führen müssen, und es konnte daher nur angemessen erscheinen, für jetzt von einer Organisation des Standes der Notare, wie sie in dem Entwurfe analog den Bestimmungen über die Advocatur vorgeschlagen war, abzusehen.

II. Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen des Gesetzes.

§. 3.

Der zweite Absatz war im Entwurfe in folgender Fassung vorgeschlagen:

»Außerhalb ihres Bezirkes sind sie ihre amtliche Thätigkeit auszuüben befugt, verpflichtet aber nur dann, wenn die Requirenten Thatfachen angeben, vermöge deren sie aus gesetzlichen oder thatsächlichen Gründen sich nicht an die Notare ihres eigenen Bezirkes wenden können;«

es schien indeß nicht angemessen, eine Verpflichtung der Notare,

außerhalb ihres Bezirkes thätig einzuschreiten, zu sanctioniren, indem diese Maßregel eines Theils bei der Concurrenz der Amtsgerichte im Bezirke der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht geboten wird, andern Theils aber überhaupt nicht streng durchzuführen gewesen sein würde.

§. 16.

Nach den gemeinrechtlichen Bestimmungen sind die Notare bisher verpflichtet gewesen, bei der Beglaubigung von Unterschriften eben so, wie bei der Aufnahme eines förmlichen Notariatsactes zwei Zeugen oder einen zweiten Notar zuzuziehen, und diese Bestimmungen sind hier nur insofern modificirt, als sie auf die Unterschriften von Urkunden beschränkt sind, welche einen zweiseitigen Vertrag enthalten. Jene Form, welche die Notare haben beobachten müssen, ist von den Aemtern und Stadtgerichten bisher nicht beobachtet, vielmehr sind regelmäßig Unterschriften, wie solche hier in Frage stehen, entweder von Beamten oder von dem Actuar allein beglaubigt worden. In Folge dieses Umstandes glaubte man anfangs, namentlich in Betracht des Grundsatzes, daß bei Acten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für die Notare wie für die Gerichte durchgängig dieselben Formen und dieselben Taxen festzuhalten seien, auch bei den Beglaubigungen von Unterschriften, wenn diese durch einen Notar erfolgen würde, die Zuziehung von Zeugen oder eines zweiten Notars, ähnlich wie bei Beglaubigungen von Vollmachten, bei der Aufnahme von Wechselprotesten und von Auktionsprotocollen für überflüssig erklären zu dürfen. Bei einer näheren Prüfung der Sache mußte man sich indeß für die Annahme des in diesem §. ausgesprochenen Grundsatzes um so mehr entscheiden, da auf der einen Seite die Landesregierung die Ansicht ausgesprochen hatte, daß die Beglaubigung der Unterschriften auch von den Gerichten in keiner andern, als in der für andere gerichtliche Ausfertigungen vorgeschriebenen Form

vorgenommen werden dürfe, während auf der andern Seite es sich nicht verkennen läßt, daß eine zu große Leichtigkeit bei der Vornahme solcher Beglaubigungen zu großen Unzuverlässigkeiten führen kann.

§. 18.

1. Die Originalprotocolle, welche von einem Notare aufgenommen werden, sind die eigentlichen Quellen des Rechtsgeschäftes, welche bei einer etwaigen Abweichung des Inhaltes der Ausfertigungen der Regel nach die entscheidende Norm bilden müssen, und insofern werden daher diese Protocolle als öffentliche Urkunden gelten müssen. Für die Parteien und für das Publikum können dagegen nur die notariellen Ausfertigungen eben so wie die Ausfertigungen gerichtlicher Protocolle als öffentliche Urkunden gelten, und es rechtfertigt sich daher eben so wohl, wenn den Parteien die Befugniß, sich zum Beweise eines Rechtsgeschäftes von vorn herein auf das notarielle Originalprotocoll zu berufen, entzogen wird, als es angemessen erscheint, diese Protocolle nicht unbedingt über die Ausfertigungen zu stellen, sondern das Urtheil über den größeren oder geringeren Werth des Protocollles und der Ausfertigung im Verhältnisse zu einander den rechtsprechenden Gerichten vorzubehalten.

2. Die Bestimmungen des 3ten Absatzes anlangend, so erschien es wünschenswerth, die Aufnahme solcher Testamente durch Notare zu erleichtern, oder richtiger gesagt, überhaupt möglich zu machen.

Bisher waren die Notare bei der Aufnahme mündlicher oder schriftlicher Privattestamente an die Beobachtung der gemeinrechtlichen Bestimmungen, namentlich der Reichsnotariatsordnung von 1512 gebunden. Die Beobachtung dieser Bestimmungen, wonach in jedem Falle die Zuziehung von sieben Zeugen nothwendig erscheint, ist indeß in den

meisten Fällen mit so bedeutenden Schwierigkeiten verbunden, daß der Notar häufig, besonders in dringlichen Fällen, nicht im Stande ist, der an ihn ergangenen Aufforderung Genüge zu leisten. Dazu kommt noch der Uebelstand, daß die fraglichen Bestimmungen der Reichsnotariatsordnung in vieler Beziehung dunkel und daher controvers sind, und daß sich ein vorsichtiger Notar auch aus diesem Grunde nur ungern dazu verstehen könnte, ein solennes Testament aufzunehmen.

Unter diesen Umständen liegt es aber offenbar im Interesse des Publikums, die Errichtung notarieller Testamente überhaupt möglich zu machen, und die Nothwendigkeit neuer, hierauf abzielender Bestimmungen tritt, abgesehen davon, daß es dem Publikum wünschenswerth sein muß, auch in dieser Beziehung eine freie Auswahl unter verschiedenen Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu erlangen, besonders in eiligen Fällen und bei Behinderungen der gerichtlichen Beamten, hervor. Der letzte Fall verdient überdies eine besondere Berücksichtigung, wenn man erwägt, eines Theils, daß künftig die Amtsgerichte regelmäßig nur mit einem Beamten besetzt sein werden, andern Theils aber, daß, wenn man den Grundsatz gleicher Formen für notarielle Acte ohne Rücksicht auf den beurkundenden Beamten durchführt, auch die gerichtlichen Beamten demnächst ohne Ausnahme einen Secretair oder zwei Zeugen bei der Aufnahme von Testamenten werden zuziehen müssen, daß mithin auch in Folge dieses Umstandes künftig leicht Fälle vorkommen können, in denen die Amtsgerichte behindert sind, der Requisition wegen Aufnahme eines Testaments ohne Zeitverlust Folge zu leisten.

Die Formalitäten selbst, welche hier für das notarielle Testament vorgeschrieben sind, stimmen mit den Vorschriften des französischen Rechts*) über derartige Acte im We-

*) Cod. civ. Art. 971. 974.

sentlichen überein; sie genügen auf der einen Seite, wie die Erfahrungen lehren, die man in Frankreich gemacht hat, um eine Gewähr für die Sicherheit der auf diese Art angenommenen Testamente zu geben, während dadurch auf der andern Seite dem Bedürfnisse des Publikums Rechnung getragen und zugleich ein Mißtrauen gegen die Zuverlässigkeit der Notare beseitigt wird, welches man durch die Beibehaltung der oben erwähnten gemeinrechtlichen Normen thatsächlich ausgesprochen haben würde.

§. 22.

Die Fassung des 2ten Satzes im ersten Absätze dieses §. bezweckt die Beseitigung des Mißverständnisses, daß nur dann Stempelpapier verwendet werden müsse, wenn die Ausfertigung der Urkunde wirklich erfolge, nicht aber, wenn diese aus irgend einem Grunde unterbleibe. Man hat in der That früher nicht selten die Vorschriften der §§. 12, 23, 24. der Verordnung vom 29. Oct. 1821 (Nr. 10.), obgleich über den Sinn derselben kein Zweifel obwalten kann, in jener Weise aufgefaßt, und es schien daher angemessen, einer solchen augenscheinlich irrigen Auffassung für die Zukunft vorzubeugen.

§. 24.

Dem Entwurfe der Notariatsordnung war eine Gebührenrentare zwar beigelegt, indeß hielt man es aus verschiedenen Gründen für zweckmäßiger, einstweilen die bisher üblich gewesenen Taxen beizubehalten. Man entschied sich namentlich deshalb für diese Maßregel, weil man, wenn man eine Gleichmäßigkeit der Taxen für Notare und Amtsgerichte durchführen wollte, zuvor zu einer Revision der Sporelordnung vom Jahre 1835 hätte schreiten müssen, in dieser Beziehung aber Vorlagen Seitens der Regierung nicht erfolgt waren.

Die Bestimmungen im letzten Absätze dieses §. geben

das Rescript vom 17. Januar 1833 *) wieder; sie erscheinen consequent, da die Kreisgerichte, wenn man von der Einrichtung einer Notariatskammer absieht, als die passendsten Aufsichtsbehörden der Notare angesehen werden müssen.

*) Vgl. Begl. Repert. IV. S. 123.

VIII.

Gesetz über die juristischen Staatsprüfungen.

1. Vorbemerkung.

Wie dies schon in den allgemeinen Erörterungen über die Advocatenordnung hervorgehoben ist, so geht das vorliegende Gesetz von dem Grundsatz aus, daß die juristischen Staatsprüfungen für die verschiedenen juristischen Laufbahnen gleich sein müssen, und daß der Unterschied, den man bisher zu machen gepflegt hat, je nachdem der zu Prüfende die richterliche oder die advocatorische Laufbahn betreten wollte, nicht festgehalten werden dürfe.

Was die verschiedenen Prüfungen selbst anlangt, so könnte es sich zunächst um die Frage handeln, ob es nicht gerathener sein dürfte, von denselben ganz abzugehen und die Qualifikationen, welche man zu den einzelnen Stellungen fordern zu müssen glaubt, auf einem andern Wege zu ermitteln. Allerdings läßt es sich nicht bestreiten, daß für die praktische Tüchtigkeit der Richter, Advocaten und Notare manche Eigenschaften gefordert werden müssen, welche bei den gewöhnlichen Prüfungen entweder gar nicht oder doch nicht mit Sicherheit zu ermitteln sind; demohngeachtet wird man aber bei dem von dem Gesetze angenommenen Systeme einstweilen stehen bleiben müssen, da sich der Zweck der Prüfungen auf einem andern geeigneten Wege, wenigstens gegenwärtig, nicht erreichen läßt.

Eine zweite, nicht weniger wichtige Frage ist die,

ob es gerathen sein möchte, künftig statt der bisherigen zwei Prüfungen drei vorzuschreiben, oder ob nicht zwei Prüfungen auch für die Zukunft ausreichen dürften.

Auf dem ersten Blick scheint in dieser Rücksicht allerdings die Gefahr vorzuliegen, daß die zweite juristische Prüfung in ihrer Bedeutung durch die dritte herabgedrückt werden und daß künftig bei der Befetzung der Stellen, für deren Erlangung nach den Bestimmungen des Gesetzes an und für sich die zweite Prüfung ausreichen würde, thatsächlich doch nur die dritte entscheiden wird. Was indeß die innere Bedeutung der zweiten Prüfung anlangt, so wird diese vorzugsweise durch die Art bedingt werden, in welcher dieselbe von der Prüfungscommission aufgefacht wird; überdies ist hierbei der Umstand nicht zu übersehen, daß die erste juristische Prüfung im Wesentlichen nach den Anforderungen, welche mit derselben gesetzlich zu verbinden sind, nur die Natur eines Zentamens an sich trägt, und daß daher streng genommen, auch in Zukunft nur zwei eigentliche juristische Staatsprüfungen gefordert werden. Was dagegen den zuletzt erwähnten Umstand anlangt, so kann es zugegeben werden, daß künftig Individuen, welche die dritte Prüfung bestanden haben, zunächst und vorzugsweise bei der Befetzung richterlicher Stellen berücksichtigt werden; dieser Umstand spricht aber an sich nicht nur gegen die dritte Prüfung nicht entfernt, sondern es läßt sich auch nicht bestreiten, daß darin ein Antrieb zu einer gründlicheren juristischen Ausbildung liegen wird, der für den Staat, wie für die theilhaftigen Individuen selbst nur vortheilhaft wirken kann.

Für die dritte Prüfung sprechen aber, — und zwar zunächst was den Richterstand betrifft, — auch abgesehen hiervon, andere überwiegende Gründe.

Für die Mehrzahl der richterlichen Stellen, nämlich für die Amtsgerichte und Kreisgerichte, reicht unstreitig der Regel nach eine gewöhnliche juristische Bildung aus,

und wollte man für diese Stellen mehr als eine solche Bildung verlangen, so würde man unstreitig nicht bloß zu viel, sondern gewissermaßen sogar etwas Unmögliches fordern, da die Mehrzahl der Menschen in allen Sphären nicht fähig ist, weit über die Stufe des Gewöhnlichen hinauszuschreiten. Es muß demgemäß ein Mittel zur Konstatirung einer gewöhnlichen juristischen Bildung gegeben werden, und dieses liegt in der zweiten juristischen Staatsprüfung.

Der Centralpunkt des juristischen Lebens, wie er eben durch die höchsten Landesgerichte dargestellt wird, darf dagegen nicht bei dem gewöhnlichen Durchschnitte stehen bleiben, wenn auf der einen Seite nicht der Zweck dieser Gerichte vereitelt, auf der andern Seite aber das Vertrauen zur Rechtspflege in höchster Instanz nicht untergraben werden soll. Dieser Centralpunkt muß daher das Beste des Landes in sich zu vereinigen suchen; die allgemeine Bedingung hierfür aber liegt in dem höheren, das Gewöhnliche überschreitenden Grade der juristischen Bildung, und um diesen zu ermitteln, ist eine schwierigere Prüfung eben so geeignet als unerläßlich.

Diese unstreitig durch die Natur der Verhältnisse gebotene Auffassung führt zu einer dritten Frage, welche bei der Verathung dieses Gesetzes lebhafteste Erörterungen veranlaßt hat, nämlich zu der, ob es sich rechtfertigt, auch von den Advocaten, welche vor den höchsten Gerichten des Landes auftreten wollen, eine höhere juristische Bildung zu fordern und demgemäß eine besondere Obergerichtsadvocatur einzuführen? Diese Frage wird man aber unbedingt bejahen müssen, wenn man anders den Grundsatz, den das vorliegende Gesetz an die Spitze gestellt hat, daß nämlich, was an dem Richter sein soll, auch an dem Advocaten sein muß, nicht willkürlich gerade da wieder verlassen will, wo man die dringendste Veranlassung hat, bei demselben stehen zu bleiben. Nur unter der Voraussetzung

einer höheren juristischen Bildung der vor dem Obergerichte und dem Cassationshofe auftretenden Advocaten wird man mit Sicherheit darauf rechnen können, daß vor diesen Gerichten ein in jeder Beziehung der Würde derselben entsprechendes Verfahren stattfinden wird, und nur unter dieser Voraussetzung wird man es zum allgemeinen Bewußtsein bringen, daß vor jenen Gerichten geübene Vorträge erwartet werden, daß sich dort eine Arena für durchgebildete Kämpfer, nicht aber ein Tummelplatz für ungeübte Anfänger öffnen soll.

Abgesehen hiervon hat die Marine, von welcher das Gesetz in Beziehung auf die Advocatur ausgeht, wie schon oben hervorgehoben wurde, den unverkennbaren Nutzen, daß sie die Advocaten zu einem regen wissenschaftlichen Eifer anspornt, und sie nöthigt, mit der Wissenschaft selbst fortzuschreiten. Ebenso bietet jene Marine den nicht hoch genug anzuschlagenden Vortheil, daß sie die Advocatur in der höchsten Sphäre zu dem erhebt, was sie in der That sein soll, nämlich zu einem rein wissenschaftlichen Stande, und daß sie damit nicht wenig dazu beitragen wird, die Advocatur zu der ihr gebührenden Stellung gelangen zu lassen.

Gegen diese Vortheile müssen aber alle Einwürfe, welche man bei den Verhandlungen über diesen Gegenstand der Einführung der Obergerichtsadvocatur entgegengestellt hat, ohne Frage in den Hintergrund treten, und in der That sind jene Einwürfe an sich von höchst unbedeutender Natur, namentlich wenn sie darauf hinausgehen, daß man durch jene Einrichtung einen Kastengeist unter den Advocaten befördere, daß man hervorragende Talente insofern, als nach den Bestimmungen dieses Gesetzes die Meldung zur dritten juristischen Staatsprüfung von dem Ablaufe bestimmter Zeiträume abhängig sei, auf längere Zeit zur Unthätigkeit nöthige, und daß man endlich die jüngeren Advocaten, welche noch nicht im Stande gewesen seien, jene Prüfung zu bestehen, den älteren gegenüber in der Achtung

des Publikums herabsetze. Würde in der That, was man mit Grund bezweifeln muß, zunächst durch die mehrerwähnte Einrichtung ein Kastengeist unter den Advocaten hervorgerufen, so könnte dieser, weil er sich auf wirklich wissenschaftliche und durch den eigenen Fleiß erworbene Vorzüge stützt, jedenfalls kein nachtheilig wirkender sein. Wenn dagegen selbst hervorragende Talente bis zu einer bestimmten Zeit von dem Auftreten vor den obersten Gerichten des Landes zurückgehalten werden, so wird dies, wenn überhaupt einmal, doch in den seltensten Fällen, zu beklagen sein, während der Regel nach jene Maßregel, welche von der unstreitig richtigen Ansicht vorgeschrieben ist, daß selbst die hervorragendsten Talente erst durch die Praxis geschult und geläutert werden müssen, von den vortheilhaftesten Folgen für die künftige Brauchbarkeit der einzelnen Individuen sein wird.

2. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen.

§. 1.

Während die bisherige juristische Prüfungscommission nur aus höheren richterlichen Beamten und höheren Verwaltungsbeamten zusammengesetzt ist, sollen die Mitglieder der künftigen aus richterlichen Beamten, Staatsanwälten und Obergerichtsadvocaten genommen werden, jedenfalls soll aber ein Element aus der Obergerichtsadvocatur in derselben enthalten sein. Nach der Aufgabe, welche die Prüfungscommission zu lösen hat, erscheint diese Zusammensetzung eben so zweckmäßig, als sich die Bestimmung empfiehlt, daß die Anstellung als Mitglied der Commission von selbst nach Ablauf von drei Jahren ihre Wirkung verliert, indem hierdurch ein etwa durch die Verhältnisse gebotener Wechsel der Personen alles Verlebende für den nicht wieder Ernannten verliert.

Daß nur Oberrichtern und Staatsanwälten, welche

die dritte Prüfung bestanden haben, die Fähigkeit zugesprochen ist, in die Commission einzutreten, rechtfertigt sich auf den ersten Blick, und es würde ein unverkennbarer Widerspruch darin gelegen haben, wenn man rücksichtlich der Staatsanwälte, wie dies beantragt wurde, von dieser Maxime hätte abweichen und gestatten wollen, daß Jemand, der nicht selbst die dritte Prüfung zurückgelegt hat, über das Resultat einer solchen Prüfung urtheilen solle.

§§. 6. 7.

1. Mit den Vorbedingungen, welche das Gesetz für die Zulassung zur zweiten Staatsprüfung fordert, wird man um so mehr einverstanden sein müssen, da durch theoretische Studien allein diejenige Ausbildung, welche das Amt eines Richters, Advocaten, Anwaltes und Notars nothwendig vorausgesetzt werden müssen, nicht erlangt werden kann, und die Bestimmungen der bisher befolgten Gesetze, welche einen ähnlichen Cursus wie der in §. 6. angeordnete vorschreiben, sich im Allgemeinen bewährt gezeigt haben. Es könnte allerdings auf den ersten Blick zweifelhaft erscheinen, ob nicht der §. 27. der Grundrechte für das deutsche Volk mit den Vorschriften dieser beiden §§. im Widerspruch stehe; wenn indeß in dem angeführten §. 27 gesagt wird: „es steht Jedem frei, seinen Beruf zu wählen und sich für denselben auszubilden, wie und wo er will;“ so bezieht sich dieser Satz, wofür auch der diesen Theil der Grundrechte betreffende Bericht des Verfassungs-ausschusses der Frankfurter Reichsversammlung spricht, nach einer natur- und sachgemäßen Auslegung zunächst nur auf den Schul- und Universitätszwang, wie er bis dahin in einzelnen deutschen Staaten einheimisch gewesen ist. Der Gesetzgebung der einzelnen Staaten muß man daher ohne Frage die näheren Bestimmungen darüber freilassen, welche Vorbedingungen Jemand, nachdem er sich, gleichviel ob auf einer Universität oder wo sonst, für den juristischen Beruf ausgebildet hat, erfüllen muß, um als

Advocat oder Anwalt, Notar oder Richter eintreten zu können.

2. Daß nach der Bestimmung des Schlusssatzes des §. 6. schon die erste juristische Prüfung zur Erlangung des Secretariats bei allen Gerichten ausreichen sollte, war allerdings in dem Entwurfe nicht vorgeschlagen, indeß glaubte man sich dafür aus überwiegenden Gründen entscheiden zu müssen. Die Geschäfte der Secretäre werden künftig, trotz der Selbstständigkeit dieser Beamten, weniger eine gründliche juristische Bildung, als vielmehr eine gewisse Geschäftsroutine voraussetzen, und es erscheint daher wünschenswerth, die Regierung von allen Beschränkungen in Bezug auf die Wahl dieser Beamten frei zu machen, welche sich nicht als unerläßlich herausstellen. Auf der andern Seite kann man aber bei dem künftigen Verfahren schwerlich daran denken, in dem Secretariate eine, für die juristische Laufbahn passende, den künftig zu stellenden Anforderungen entsprechende Vorbildungsstelle zu schaffen, und auch insofern erscheint es nicht zweckmäßig, die in dem Vorberbeitungsstadium befindlichen Individuen nach Zurücklegung der zweiten Prüfung ausschließlich zu dieser Stellung gelangen zu lassen. Ueberdies ist es, wenn es sich zeigen sollte, daß gleichwohl eine höhere juristische Qualifikation in Anspruch genommen werden müßte, der Regierung unbenommen, nur solche Individuen damit zu betrauen, welche die zweite Prüfung bestanden haben und die Schlussbestimmung des §. 6 erscheint daher um so unbedenklicher.

§§. 12 — 14.

Die Uebergangsbestimmungen waren in dem Entwurfe bei weitem strenger gehalten, als in diesen §§., und obgleich dieselben schon in Folge der Verhandlungen der Justizcommission mit der Regierung wesentlich gemildert worden waren, so gaben sie doch bei der Berathung des Gesetzes

zu lebhaften Erörterungen Anlaß *). Diese Erörterungen selbst boten wenig, was das allgemeine Interesse erregen könnte und es mag deshalb hier nur die Bemerkung Platz finden, daß die Uebergangsbestimmungen in ihrer jetzigen Gestalt fast ohne allen Widerspruch durchgegangen sind. Sie tragen denn auch ohne Zweifel allen billigen Anforderungen Rechnung und, man hätte, was namentlich die Verhältnisse der Advocatur anlangt, unmöglich, wie dies bei der ersten Berathung des Gesetzes vorgeschlagen wurde, weiter gehen können, ohne von vorn herein das Institut der Obergerichtsadvocatur auf längere Zeit zu einem Scheininstitute herabzudrücken.

*) Vgl. Prot. v. 30. Jan. u. 26. Febr. 1850.

Verbesserungen

(zum ersten Bande).

-
- Seite 6, §. 13, Abf. 3, Zeile 2, statt »mehrere« lies »mehr«.
 » 6, §. 16, » 3, » 1, » »mehrere« » »mehr«.
 » 8, §. 20, » 1, » 5 u. 6, statt »mehreren« lies
 »mehr«.
 » 13, §. 3, Zeile 1, statt »dem Präsidenten« lies »den
 Präsidenten«.
 » 26, §. 21, letzte Zeile, statt »Proherreszenzeid« lies
 »Perhorreszenzeid«.
 » 28, §. 29, Zeile 1, statt »Verbrechens« lies »Ver-
 brechers«.
 » 52, §. 103, » 1, statt »dieser« lies »dies«.
 » 52, §. 103, » 2, » »(§. 102)« lies »(§. 101)«.
 » 62, §. 128, Abf. 2, Zeile 2, statt »erwiewert« lies »er-
 wibert«.
 » 62, §. 130, » 2, » 4 u. 5, statt »gestellten« lies
 »gestellten«.
 » 73, §. 169, » 1, » 4, statt »verfahren« lies »ver-
 wiesen«.
 » 74, §. 172, » 1, » 3, statt »von den Verurtheilten«
 lies »von dem Verurtheilten«.
 » 94, §. 12, Zeile 2 u. 3, statt »mehreren« lies »mehr«.
 » 117, §. 13, Nr. 1, Zeile 4, statt »öffentlichen« lies
 »öffentlichen«.
 » 121, §. 20, letzter Abf., Zeile 3, statt »civilrechtliche«
 lies »civilrechtlicher«.
 » 122, §. 21, Nr. 4, Zeile 1, statt »Ämte« lies »Ämt«-«.
 » 132, §. 59, Abf. 2, Zeile 3 u. 4, statt »Einzeln« lies
 »Einzeln«.

Verbesserungen.

- § 132, §. 60, Abf. 2, Zeile 5, statt „und in“ lies „und
die in“.
- „ 141, §. 101, „ 2, „ 2, statt „der Parteien“ lies
„den Parteien“.
- „ 169, §. 227, Zeile 2, setze hinter „gehört“ ein Punktum.
- „ 190, §. 297. „ 2, statt „Beschwerde“ lies „Be-
scheide“.
- „ 192, §. 307, Pro. 3, Zeile 3, statt „Unzugänglichkeit“
lies „Unzulänglichkeit“.
- „ 236, Nr. 34, Zeile 12, statt „mehreren“ lies „mehr“.
- „ 256, Nr. 26, „ 1, „ „auf die“ lies „auf der“.
- „ 263, §. 4, Abf. 4, Zeile 2, statt „mehrere“ lies
„mehr“.
- „ 275, §. 4, „ 3, „ 2, statt „Grundstücke“ lies
„Grundstücken“.



